

LA PRIORIDAD DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

LUIS VILLAVICENCIO MIRANDA*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO DERECHO MORAL.- 1. Cuestiones Generales.- 2. La Libertad de Expresión como Libertad Básica en un Modelo Constructivista.- 3. La Libertad de Expresión como Garantía Fundamental de la Democracia. Algunas Buenas Razones para la Preferencia ex ante de la Libertad de Expresión por sobre el Derecho al Honor.- III. CONCLUSIÓN. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN NO ES SÓLO CUESTIÓN DE PALABRAS MÁS O PALABRAS MENOS.

“Las palabras, las palabras exactas y verdaderas,
pueden tener el poder de los actos” (R. Carver)

I. INTRODUCCIÓN

¿Tiene alguna importancia que una autoridad prefiera irse de caza, pasear por Doñana o asistir a un evento social antes que presentarse en el lugar donde acaecía una de las peores catástrofes ecológicas de la historia reciente de España? ¿Constituye esta información una intromisión en su vida privada? ¿Tienen los ciudadanos derecho a saber dónde se encontraba esa autoridad, aunque sea un hecho íntimo? ¿Tiene un funcionario público derecho al honor o a la intimidad? ¿Refuerza el debate público haber conocido este hecho, en principio, privado? Éstas y otras preguntas pretenden encontrar una respuesta en el artículo que recién comienza. La idea intuitiva de que los políticos, al igual que los personajes públicos, tienen igual derecho al honor o a la intimidad será revisada y criticada durante el presente trabajo y se ofrecerá una respuesta que pretenderá colocar a la libertad de expresión en el sitio que le corresponde.

* Doctorando en Derechos Fundamentales de la Universidad Autónoma de Madrid.
Correo electrónico: luis.villavicencio@estudiante.uam.es

En las palabras que siguen, continuaré una línea central de análisis que consistirá en reflexionar respecto de la cuestión si existen o no razones persuasivas para sostener una preeminencia de la libertad de expresión por sobre el derecho al honor en casos de conflicto entre estos derechos fundamentales. Aún más, intentaré echar mano a diferentes argumentos que me permitan postular una jerarquía a priori a favor de la libertad de expresión o, al menos, una presunción fuerte para preferir ésta.

Siendo consecuente con este presupuesto, que recorreré transversalmente mi trabajo, las cuestiones específicas que pretendo abordar son las siguientes. En el primer apartado, aspiro a reconstruir brevemente la idea de los derechos humanos para luego ocuparme, fundamentalmente, de probar que una teoría de los derechos humanos, que concibe a éstos como una clase de derechos morales, estatuye a la libertad de expresión como un derecho humano. Luego, realizaré un análisis que tiene como objetivo repasar una argumentación constructivista que me permitirá fundamentar el estatus de la libertad de expresión como una libertad básica. Por último, revisaré una serie de argumentos que me llevarán a sostener la estrecha relación entre la libertad de expresión y la democracia. Gracias a este análisis podré justificar una preferencia ex ante a favor de la libertad de expresión.

Para finalizar este estudio, elaboraré un breve apartado de conclusiones con el objeto de plantear varias cuestiones relevantes sobre la libertad de expresión, constituyendo una invitación al debate sobre algunas tesis que pueden parecer, para otros aunque no para mí, excesivamente protectoras de la libertad de expresión.

II. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO DERECHO MORAL

1. Cuestiones Generales

La libertad de expresión¹ se encuentra reconocida en la Constitución Española en el artículo 20 de la misma. De dicha consagración podría seguirse, sin más, que se trata de un derecho jurídico fundamental prescrito por el propio ordenamiento positivo. Sin embargo, un punto conceptual que suele generar confusiones es la especie de derechos a la que se alude cuando los catalogamos con la etiqueta

¹ Utilizaré la voz "libertad de expresión" para referirme genéricamente a los diferentes derechos que suelen incluirse bajo esta categoría, entre otros, la libertad de opinión y la libertad de información.

de “humanos”². Es una cuestión central preguntarse si los derechos humanos son de índole jurídica o moral o si pueden ser a la vez jurídicos y morales.

Suele distinguir la doctrina española entre derechos humanos y derechos fundamentales³. Según esta clasificación, los derechos humanos serían aquel conjunto de potestades que poseen todos los seres humanos en razón de ciertos principios morales universalmente válidos –o al menos con pretensiones de universalidad– y los derechos fundamentales harían alusión tan solo al conjunto de facultades jurídicas, institucionalmente reconocidas y garantizadas por el derecho positivo (generalmente la constitución). Como se ve, la expresión derechos humanos sería más amplia que la de los derechos fundamentales.

Más allá de la utilidad o justificación de la distinción⁴, me parece significativo cuestionar el estatus de la libertad de expresión. A primera vista, parece obvio que, cuando se habla de derechos humanos, se alude a situaciones normativas que están estipuladas en disposiciones de derecho positivo nacional o internacional como son, por ejemplo, el artículo 20 de la Constitución Española o el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas. Según esta interpretación, los derechos humanos serían primordialmente derechos jurídicos. Pero ¿qué sucede cuando los derechos humanos no están reconocidos en un ordenamiento?, ¿qué pasa

² La primera aproximación a la elucidación conceptual de la expresión “derechos humanos”, no debe dejar escapar la cuestión básica de desmenuzar las dos unidades semánticas que la componen. Por una parte, la palabra “derecho” –que admite al menos tres sentidos– se utiliza en este caso para aludir a alguna forma de facultad o potestad que le asiste a una persona; y, por otro lado, la palabra “humanos” se refiere a la única propiedad relevante para ser titular de estos derechos. Esta formulación, aparentemente simple, ya tiene dos grandes dificultades asociadas a cada una de las palabras escindidas: una, qué hace que un ser humano sea humano y, dos, qué significa tener un derecho. Véase NINO, Carlos, *Ética y Derechos Humanos*, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1989, pp. 11 a 48 y del mismo autor, “Los Titulares de los Derechos Humanos: El Concepto de Persona Moral”, en *Filosofía del Lenguaje, de la Ciencia, de los Derechos Humanos y Problemas de su Enseñanza*, Sociedad Filosófica Iberoamericana, Universidad Autónoma de México, México, 1987, pp. 127 a 146.

³ Véase, por ejemplo, PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales (I) Teoría General*, Eudema, Madrid, España, 1991, pp. 32 a 34.

⁴ La importancia de esta diferenciación radicaría en evitar la confusión de ambos términos. Si los derechos humanos se enredaran con los derechos fundamentales, no constituirían violaciones a los primeros aquellas que se perpetran por las autoridades de un Estado, cuando el ordenamiento jurídico interno no reconoce o establece dichos derechos. Un ejemplo ilustra mejor este punto: mientras era plenamente legítimo y correcto denunciar como violación al derecho humano a la igualdad el *apartheid* de Sudáfrica, carecería de sentido hacerlo apelando sólo a un derecho fundamental, puesto que el sistema jurídico sudafricano no reconocía en su ordenamiento tal derecho.

cuando hay un régimen autoritario que dicta normas jurídicas que atentan contra las convicciones morales más íntimas?

Los derechos humanos surgieron como una técnica argumentativa eficaz para controlar y contrarrestar el ejercicio del poder, asociada a las revoluciones liberales y republicanas de los siglos XVII y XVIII. ¿Puede entenderse, entonces, que esta clase de derechos sólo tengan un reconocimiento positivo?, ¿cómo podrían ser eficaces en su objetivo capital si dependen de los detentadores de turno del poder?⁵

Desde otra arista, en los contextos en que la alusión a los derechos humanos adquiere una importancia radical para cuestionar leyes, instituciones, directrices, políticas públicas o acciones; estos derechos no se identifican con los que surgen de normas del derecho positivo sino que, en todo caso, se entiende que los derechos jurídicos así creados constituyen sólo una consagración o reconocimiento de aquellos otros que son lógicos y moralmente independientes de esta recepción jurídica. Se reclama el respeto de los derechos humanos aun frente a sistemas jurídicos que no los reconocen y, en verdad, precisamente porque no los reconocen.

Sin duda, según lo visto, los derechos humanos forman parte del discurso moral, o sea, se vinculan a la tarea de determinar qué derechos *deben ser* otorgados a las personas. Pero, la forma proposicional que éstos adoptan corresponde a un derecho subjetivo⁶ que supone el deber correlativo de otros. Desde

⁵ La teoría política de LOCKE es un buen ejemplo de la tradición contractualista de raigambre liberal que defiende la tesis que los límites al ejercicio del poder supremo (legislativo) emanan de los derechos subjetivos que los individuos poseen por naturaleza. Especialmente, el primer límite que puede describirse del siguiente modo: ningún hombre (habría que agregar a las mujeres y también, sin ser exagerado, a los niños y niñas) puede transferir a otro más de lo que posee, por lo tanto, las personas al constituir el Estado no pueden conferirle un poder arbitrario sobre sus vidas, libertades y propiedades puesto que en el estado de naturaleza no poseían esa facultad unos respecto de otros. Véase LOCKE, John, *Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil*, en *Dos Ensayos sobre el Gobierno Civil*, Espasa Calpe, Madrid, España, 1991 (traducción de Francisco Giménez Gracia).

⁶ El concepto de *derecho subjetivo* es uno de aquellos conceptos jurídicos fundamentales que preocupa a la teoría general del derecho. Por supuesto, su caracterización rebasa, con creces, las posibilidades y objetivo del presente trabajo. Con todo, y en términos generales, comparto la siguiente definición de derecho subjetivo: facultad que una norma o principio reconoce o atribuye a un sujeto de derecho para exigir de otro un determinado comportamiento que suele denominarse prestación. Debe notarse que en el concepto que acabo de dar he utilizado la palabra “norma” y “principio” a secas porque los derechos subjetivos pueden tener un fundamento positivo o suprapositivo. Desde luego, esta definición me permite argüir, sin mayores problemas, que la libertad de expresión es un derecho subjetivo. Para una definición alternativa de derechos humanos, cfr. HIERRO, Liborio L., “El Concepto de Justicia y la Teoría de los Derechos”, en *Estado, Justicia, Derechos*, Elías Díaz y José Luis Colomer (eds.), Alianza, Madrid, España, 2002, pp. 35 a 41.

este último punto de vista, uno podría sostener que son parte del discurso jurídico, sin embargo, si el principal objetivo y lo que hace particularmente importante a los derechos humanos es que sirven para evaluar, criticar y deslegitimar las normas positivas; si lo que distingue a los derechos humanos es, precisamente, que se contraponen contra sistemas jurídicos que no los reconocen y especialmente porque no los admiten, es forzoso concluir que estos derechos no habitan en el discurso positivo sino que en el discurso moral. Son una clase de derechos morales⁷.

Es evidente que no todos los derechos morales forman parte de aquello a lo que se suele aludir con el rótulo “derechos humanos”. Por ejemplo, todos tenemos el derecho moral a que nuestros amigos nos devuelvan los discos que les prestamos pero, si no lo hacen, difícilmente podremos recurrir a la Corte Europea de Derechos Humanos para recuperarlos. Un claro rasgo distintivo de los derechos hu-

Para revisar otras acepciones atribuibles a la idea de derecho subjetivo, véase HIERRO, Liborio L., “Conceptos Jurídicos Fundamentales (I). De las Modalidades Deónticas a los Conceptos de Derecho y Deber”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, Facultad de Derecho, Dykinson, N° 3, Madrid, España, 2000, pp. 139 a 173; NINO, Carlos, *Ética y Derechos Humanos*, ob. cit., pp. 25 a 48; y SQUELLA, Agustín, *Introducción al Derecho*, Jurídica, Santiago, Chile, 2000, pp. 102 a 109. Sobre un análisis general de la relación entre los derechos humanos y la idea de justicia véase HIERRO, Liborio L., “El Concepto de Justicia y la Teoría de los Derechos”, ob. cit., pp. 11 a 73.

⁷ LAPORTA lo explica como sigue: “(...) ¿dónde situamos los ‘derechos humanos’? Si los situamos en el orden jurídico positivo como derechos legales nos vemos en la tesitura de tener que afirmar que sólo tienen ‘derechos humanos’ aquellos seres humanos que son destinatarios de las normas y demás elementos de ciertos sistemas jurídicos empíricos. Y, entonces, a la pregunta ingenua ¿viola [violaba] el régimen de Pinochet los derechos humanos?, tenemos que contestar: NO, porque los chilenos *no tienen* [tenían] derechos humanos (...) Esto no sólo me insatisface personalmente sino que me parece contrario a la más elemental semántica de la expresión ‘derechos humanos’. Siempre se ha dicho que la condición de ‘ser humano’ era lo único que se necesitaba para ser titular de ‘derechos humanos’ y creo, por mi parte, que en Chile se violan [violaban] y en la Alemania Nazi se violaron gravemente los derechos humanos, fuera cual fuera el sistema jurídico-positivo imperante. Pues bien, el único camino para conferir un significado libre de aporías a estas ideas es mantener que tales derechos son derechos morales, de forma tal que los sistemas jurídicos que no los reconozcan traicionan exigencias morales de gran importancia y *violan* derechos. Esas exigencias o pautas morales, esos derechos morales, son tales que su desconocimiento justifica acciones como la desobediencia a las leyes y la resistencia a la opresión jurídico-positiva”. LAPORTA, Francisco, “Respuesta a Pérez Luño, Atienza y Ruiz Manero”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 4, Universidad de Alicante, Alicante, España, 1987, pp. 73 y 74. Puede revisarse, en el mismo número de *Doxa*, la polémica completa, a propósito del concepto de derechos humanos, entre el autor citado, ATIENZA, BULYGIN, PÉREZ LUÑO y RUIZ MANERO, pp. 23 a 84.

manos es que éstos versan sobre bienes de importancia primordial para sus titulares. Sin embargo, esta propiedad no parece ser suficiente para distinguir los derechos humanos de otros derechos morales: el acceso a discos es primordial para un músico y el contar con cemento puede ser vital para un constructor, pero nadie vería la supresión de estos bienes como una violación de los derechos humanos. Es necesario, entonces, agregar algo diferente para distinguir los derechos humanos de los derechos morales además de su identificación con bienes de importancia fundamental o básica para sus titulares. Esta característica pareciera ser que los derechos humanos tienen como titulares a todos los hombres y mujeres, por ende, su posesión no puede estar restringida a ninguna subclase de individuos humanos⁸. En suma, los derechos humanos son una especie de derechos morales que se identifican con bienes de importancia básica para toda la clase de los seres humanos, por lo que deben distribuirse individualizada e igualitariamente.

Entendidos como se han venido ilustrando, los derechos humanos presentan las siguientes características analíticas^{9, 10}:

- a) Son *intrínsecos*, es decir, su posesión no depende de ninguna otra propiedad que no sea la de ser hombre o mujer¹¹;
- b) Son *universales*, esto es, se trata de derechos respecto de los cuales son titulares todos los hombres y mujeres sin excepción;
- c) Son *igualitarios*, esto quiere decir que todos los seres humanos poseen un título igual para ejercer tales derechos, puesto que todos cumplen,

⁸. NINO, Carlos, *Ética y Derechos Humanos*, ob. cit., pp. 40 y 41. Véase también NINO, Carlos, "Los Titulares de los Derechos Humanos: El Concepto de Persona Moral", ob. cit.

⁹. Analíticas en el sentido que están supuestas en el concepto. Para revisar un análisis crítico de estas características, véase PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, "Concepto y Concepción de los Derechos Humanos (Acotaciones a la Ponencia de Francisco Laporta)", en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 4, Universidad de Alicante, Alicante, España, 1987, pp. 47 a 66.

¹⁰. Véase LAPORTA, Francisco, "Sobre el Concepto de Derechos Humanos", en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 4, Universidad de Alicante, Alicante, España, 1987, pp. 23 a 46 y PEÑA, Carlos, "Sobre el Concepto y el Fundamento de los Derechos Humanos", en *Dogmática Constitucional y Derechos Humanos*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, N° 27, Santiago, Chile, 1993, pp. 7 a 20. Para un análisis general véase VILLAVICENCIO, Luis, *La Constitución y los Derechos Humanos*, Conosur, Santiago, Chile, 1998, pp. 199 a 223.

¹¹. Nótese que defender el carácter intrínseco de los derechos humanos es una cuestión bien distinta de postular que los derechos son inherentes a la persona humana, lo que supondría suscribir un fundamento iusnaturalista de los mismos, es decir, que los derechos humanos por naturaleza pertenecen a los seres humanos.

en idéntica medida, el único requisito que es necesario satisfacer para tenerlos: la común condición humana. Parafraseando las palabras de Machado, todo ser humano vale como tal y sólo como tal, puesto que ningún ser humano puede arrojar para sí mayor valor que el hecho de ser humano;

- d) Son *prioritarios*. O sea, los derechos humanos constituyen exigencias fuertes y superiores, por lo tanto, no pueden ser desplazados por consideraciones políticas o consecuencialistas. Ahora bien, esto no significa que los derechos humanos no puedan ser restringidos; sí pueden serlo, pero la única razón autorizada para hacerlo son los propios derechos, es decir, cuando hay conflictos de derechos pueden privilegiarse aquellos que tengan una mayor intensidad moral. Como diría RAWLS, los derechos pueden restringirse sólo por amor a los propios derechos, pero jamás están sujetos a ningún tipo de regateo o negociación, no son susceptibles de ser puestos en una balanza para ser, eventualmente, desplazados por consideraciones ajenas a los propios derechos; y
- e) Son *individualizados y no agregativos*. Esto es, ningún ente que no sea un ser humano individualmente considerado posee tales derechos, por lo tanto, ni la mayoría, ni el Estado, ni el bien común o cualquier otra denominación para concepciones afines, tienen derechos concurrentes que puedan justificar moralmente su violación o excepción.

Las dos últimas características son relevantes para efectos del análisis que me interesa destacar a esta altura, particularmente, la distinción entre derechos fuertes y débiles¹². DWORKIN sugiere dos rasgos diferentes de los derechos que pueden ser aprovechados para efectos de la distinción precedente. En primer término, los derechos se distinguen de otros estados de cosas socialmente valiosos que pueden traducirse en objetivos colectivos, en que los primeros son distributivos e individualizados, proveyendo de recursos u oportunidades a cada uno de los individuos que integran la clase que goza del derecho en cuestión. En cambio, las situaciones sociales valiosas que son el fin de los objetivos colectivos, involucran beneficios agregativos y no individualizados y admiten la posibilidad de una distribución diversa entre los individuos según resulte más eficiente para maximizar el monto global de tales beneficios. En segundo lugar, los derechos se comportan como un límite o umbral, una carta de triunfo en contra de medidas fundadas en la consecución

¹² DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Ariel, Barcelona, España, 1989, pp. 158 a 162 (traducción de Marta Guastavino).

de objetivos sociales colectivos. Si un derecho cediera cada vez que se demostrase que su ignorancia conduce a una situación socialmente valiosa, no sería un genuino derecho sino una concesión precaria que sólo se hace en vista del interés colectivo¹³.

Son, por ende, derechos en sentido fuerte aquellos que no admiten excepción o restricción en razón de beneficios u objetivos sociales o colectivos deseables de alcanzar y, en cambio, son derechos en sentido débil aquellos que sí admiten restricciones a favor de cálculos políticos o consecuencialistas. Es claro que los derechos humanos son derechos fuertes gracias a su carácter prioritario, en el sentido antes explicado.

De todo lo dicho hasta ahora, me importa destacar las cuestiones que siguen. En primer lugar, los derechos subjetivos pueden ser jurídicos o morales. Esto quiere decir que un derecho subjetivo será jurídico cuando su fundamento descansa en una norma positiva perteneciente a un determinado ordenamiento y, en cambio, un derecho será moral cuando su justificación se encuentra en alguna norma o principio vinculante pero suprapositivo. Así, en el primer caso, la respuesta a la pregunta por qué se tiene derecho a (x) será que existe alguna norma vigente (y¹) en un sistema jurídico determinado que otorga ese derecho (x). Por el contrario, en el segundo caso, la respuesta a la misma pregunta será que conforme a algún principio moral específico (y²) se tiene derecho a (x). Con todo, como se entiende con facilidad, puede darse la contingencia que un derecho sea, a la vez, jurídico y moral¹⁴. En segundo lugar, la libertad de expresión es un derecho humano en los dos sentidos recién

¹³. Esto tiene la importante consecuencia de permitirnos advertir que la frase tan frecuente "los derechos individuales deben estar supeditados al bien común expresa un enunciado autocontradictorio. Los derechos individuales constituyen por definición restricciones a la persecución del bien común, y si la satisfacción del bienestar colectivo fuera el único parámetro para juzgar instituciones y medidas sociales, los derechos serían vacuos y superfluos". NINO, Carlos, *Ética y Derechos Humanos*, ob. cit. p. 35.

¹⁴. Esta es una de las características de los sistemas jurídicos modernos. Los derechos humanos parecen haber triunfado —al menos en una parte del mundo— respecto de su reconocimiento y, por lo mismo, como observaba Bobbio, quizás resulte inoficioso detenerse demasiado en el problema de su concepto y fundamento, por lo tanto, más que justificarlos urgiría protegerlos. No estoy de acuerdo con Bobbio. Creo que la tarea de conceptualizar, fundamentar y proteger los derechos humanos son independientes, siendo todas ellas apremiantes. Además, nada nos asegura —salvo un optimismo incauto— que la creciente positivización de los derechos humanos no llegue a ser una pieza de museo en el futuro y tengamos que volver, otra vez, a la discusión sobre la justificación de los derechos humanos para todas las personas sin excepción. Por esto más vale seguir ocupándose de la fundamentación moral que será, siempre, la palabra final en cualquier debate normativo.

explicitados, es decir, es jurídico y moral al mismo tiempo. En tercer lugar, como derecho humano la libertad de expresión comparte todas las características explicadas, especialmente, aquellas que la elevan a la categoría de un derecho en sentido fuerte. Y, por último, la libertad de expresión como cualquier otro derecho humano puede entrar en conflicto y ser restringida en razón de otros derechos.

Pero no basta sostener que la libertad de expresión es un derecho humano, es necesario justificar dicha pretensión, con independencia de su amplia recepción en constituciones y tratados internacionales. Ha llegado, pues, el momento de ofrecer tal justificación.

2. La Libertad de Expresión como Libertad Básica en un Modelo Constructivista

He intentado hasta ahora —muy brevemente por cierto— referirme al problema del esclarecimiento conceptual de la expresión “derechos humanos”, es decir, determinar qué significado cabe atribuir a tal término. Ahora me haré cargo del otro gran apartado de asuntos asociados al estudio sistemático de los derechos humanos, el problema de su fundamentación, esto es, hallar un conjunto de argumentos racionales e intersubjetivos que nos permitan justificar el valor de estos derechos¹⁵.

He sostenido reiteradamente que los derechos humanos tienen un carácter moral, pues su función es evaluar y criticar el derecho positivo vigente. Si esto es así, los derechos humanos no pueden tener, si queremos que cumplan su misión con éxito, una justificación meramente positiva. Por el contrario, el

¹⁵. Pareciera ser, a primera vista, que la tarea de conceptualizar y fundamentar alguna expresión son cuestiones diferenciadas e independientes. Si, por ejemplo, nos preguntamos qué significado cabe atribuir a la expresión “justicia” podemos llegar a convenir alguno y, más tarde, intentar determinar si la “justicia” es un valor que merece ser respetado o promovido. La pertinencia de la distinción parece ser indiscutible, la tarea de elucidación conceptual es previa e independiente de la de la valoración de los fenómenos referidos por los conceptos en cuestión, ya que sin tal elucidación no es posible saber qué es lo valorado. Esta distinción, que parece tan clara, deja de serlo cuando vemos el asunto desde el punto de vista inverso. Parece igualmente válido postular que difícilmente pueda uno llegar a dar el concepto de algo sin tener alguna noción, por mínima que sea, de la fundamentación de ese algo. ¿Cómo salimos de este aparente atolladero?. La forma de conciliar esta paradoja es comprender que existe un proceso de ajuste entre la elucidación conceptual y la tarea de fundamentar. Se trata de convenir algún concepto provisorio mediante un proceso de reconstrucción racional de la expresión que puede estar sujeto a revisión cuando dicha expresión sea sometida a un test de evaluación. Véase NINO, Carlos, *Ética y Derechos Humanos*, ob. cit., pp. 11 a 14.

fundamento de éstos radica en un conjunto de principios morales básicos por lo que, en gran parte, el problema del fundamento se traduce en el dilema de si es o no posible argumentar racionalmente a favor de ciertas proposiciones éticas básicas. De esta forma, la formulación de los derechos humanos es una cuestión reservada a la *ética normativa*, es decir, tratar de responder a la pregunta cuáles derechos *deben ser* reconocidos y el problema de fundamentarlos es parte del ámbito propio de la *metaética teórica*¹⁶. Por ejemplo, decir que debe respetarse la libertad de expresión de todo ser humano es una proposición ética de lo que debe ser, en cambio, preguntarse por qué es válida o qué significa dicha proposición es una cuestión metaética¹⁷.

Sobre la cuestión de si es o no posible hallar algún fundamento universal para los derechos humanos podemos encontrar dos respuestas que se ubican en las antípodas del debate, en un extremo el objetivismo¹⁸ propio de las tesis

¹⁶ La metaética –también denominada sencillamente filosofía moral– suele dividirse en los siguientes apartados: *i) Metaética descriptiva*: En este apartado la filosofía moral se ocupa de registrar las diferentes convicciones morales que los distintos grupos y sociedades han tenido históricamente; *ii) Metaética analítica*: En esta parte la filosofía moral trata de indagar si los enunciados éticos son o no significativos y, en caso de serlos, establecer cuál es su significado; *iii) Metaética teórica*: En esta área la filosofía moral tiene como objetivo indagar si es posible hallar razones que nos conduzcan, en términos lógicamente compulsivos, a convenir un conjunto de proposiciones morales básicas; se trata de la averiguación acerca de si las proposiciones éticas pueden ser justificadas racionalmente o, dicho de otra manera, si existe algún método fiable al cual echar mano para la calificación de las acciones que consideramos buenas o malas.

¹⁷ Una de las características más importantes del lenguaje es la posibilidad que tiene de referirse a sí mismo. La frase “la mesa es de madera” (y), por una parte, y “la palabra mesa tiene cuatro letras” (z), por otra, se diferencian –desde este punto de vista– en que (y) se refiere a un hecho extralingüístico (la madera de la cual está hecha la mesa) y (z) se refiere a una parte del lenguaje (la palabra mesa). Mediante el lenguaje, entonces, podemos referirnos a *entidades extralingüísticas* o *entidades lingüísticas*. Este fenómeno ha dado lugar a una distinción lógica entre *lenguaje* y *metalenguaje*, reservándose la palabra lenguaje para identificar a aquel discurso que alude a entidades extralingüísticas y la expresión metalenguaje para nombrar a aquel discurso que se refiere a entidades lingüísticas. Teniendo en cuenta la distinción recién anotada, se suele distinguir también entre ética y metaética. Las proposiciones éticas –o de primer orden– se refieren a las acciones que calificamos como buenas o malas, en cambio, las proposiciones metaéticas –o de segundo orden– se refieren al lenguaje de la ética, intentando, por ejemplo, es-cudriñar su significado (metaética analítica) o arguyendo razones que nos permitan encontrar un método racional para su corrección o bondad (metaética teórica).

¹⁸ La expresión “objetivismo” es ambigua. Sin embargo, para los efectos de este trabajo, englobo en esta noción a todas aquellas posturas que defienden la existencia de principios o valores objetivos. Se trata, entonces, de una tesis ontológica. Podríamos, por lo tanto, agregar a nuestro mapa de la metaética un nuevo apartado: el de la *metaética ontológica*, esto es, aquella que se ocupa de responder a la pregunta de si existen o no entidades de carácter ético equivalentes a las entidades u objetos físicos.

iusnaturalistas¹⁹ y, en el otro, el subjetivismo radical²⁰ del escepticismo ético²¹. A

¹⁹ En líneas muy generales, el iusnaturalismo postula que los derechos derivan de ciertas constataciones de hecho que configurarían la naturaleza humana. Empero, la teoría iusnaturalista es metodológicamente errónea, puesto que intenta fundar enunciados normativos a partir de la constatación de ciertos caracteres, que en los hechos se dan. Como puede verse, la tesis iusnaturalista cae en la falacia naturalista violando flagrantemente el axioma de Hume. Cabe destacar, con todo, que esta es una crítica exclusivamente metodológica y no substancial, es decir, uno podría, eventualmente, estar de acuerdo con muchos postulados del iusnaturalismo, pero éstos son incapaces de vincular racionalmente a las personas ya que constituyen pura ideología y no teoría racionalmente compulsiva.

²⁰ Al igual que la palabra "objetivismo", la idea del subjetivismo es difícil de acotar. Con todo, la utilizo en estas líneas en su sentido más simple: aquella postura que niega la posibilidad de que existan valores objetivos, o sea, responde negativamente la pregunta de la metaética ontológica. A propósito de la distinción aquí descrita entre objetivismo y subjetivismo, sólo quisiera resaltar que se trata de una diferencia en el plano de la metaética (segundo orden) que no compromete ninguna tesis particular en el plano de la ética (primer orden) y viceversa. Por ejemplo, una persona puede perfectamente negar que existan objetos éticos pero defender firmes puntos de vistas éticos convencionales respecto de lo que debe considerarse bueno o malo o, a la inversa, alguien podría creer firmemente en una verdad ética objetiva y trascendente y rechazar, al mismo tiempo, la moral establecida en una determinada sociedad. Sobre estas cuestiones analíticas véase MACKIE, John, *Ética. La Invención de lo Bueno y lo Malo*, Gedisa, Barcelona, España, 2000, pp. 17 a 55 (traducción de Tomás Fernández Aúz).

²¹ El escepticismo ético, tributario del positivismo lógico, sostiene una concepción reduccionista de la racionalidad que considera que sólo es posible debatir racionalmente respecto de lo que puede ser verificado empíricamente, es decir, que serían significativas solamente las proposiciones analíticas y las sintéticas que pueden confirmarse por referencia al mundo de los hechos. Si lo anterior es correcto, cualquier discusión ética quedaría relegada al desprestigiado espacio del sin sentido. Así, por ejemplo, para WITTGENSTEIN si "un hombre pudiera escribir un libro de ética que realmente fuera un libro de ética, este libro destruiría, como una explosión, todos los demás libros del mundo. Nuestras palabras, usadas tal como lo hacemos en la ciencia, son recipientes capaces solamente de contener y transmitir significado y sentido, significado y sentido *naturales*. La ética, de ser algo, es sobrenatural y nuestras palabras sólo expresan hechos, del mismo modo que una taza de té sólo puede contener el volumen de agua propio de una taza de té por más que ser vierta un litro en ella." [WITTGENSTEIN, Ludwig, *Conferencia sobre Ética*, Paidós, Barcelona, España, 1990, p. 37 (traducción de Fina Birulés)]. Ahora bien, de esta postura no se sigue, como pudiera creerse apresuradamente, un desprecio por los asuntos éticos, muy por el contrario, tras esta postura escéptica en cuestiones de metaética teórica hay –la mayoría de las veces– un profundo compromiso con los valores de la tolerancia, el pluralismo y la democracia [Quizás no haya mejor ejemplo del compromiso biográfico con estos valores que la vida de Bertrand RUSSELL, un positivista convencido que, sin embargo, fue un activista en permanente lucha por el triunfo de la tolerancia y en razón de ella estuvo preso, fue censurado como profesor y recibió más de un atentado contra su integridad física. Véase AYER, A. J., *RUSSELL*, Grijalbo, Barcelona, España, 1973, pp. 204 a 229 (traducción de J. J. Acero)] puesto que al no poder saber racionalmente lo que es bueno, no existen razones para considerar un juicio moral más recto o

medio camino entre los dos opuestos señalados se encuentra una tesis que defiende la posibilidad de argumentar racionalmente a favor del establecimiento de ciertos derechos básicos, entre ellos la libertad de expresión. Ésta es una concepción metaética que admite la posibilidad de justificar intersubjetiva y universalmente principios morales normativos, se trata del *constructivismo ético o kantiano*²².

una vida humana más virtuosa que otra y, por ende, se deben respetar todos los planes de vida que las personas adopten. Nuevamente retomando a WITTGENSTEIN, la irracionalidad de las cuestiones éticas nada tiene que ver con la trascendencia de estos temas. Lo dramático consiste en que el lenguaje y la razón son incapaces de ocuparse de lo que verdaderamente importa, por esto el silencio y no habladuría es la única actitud genuina de un sujeto verdaderamente interesado en temas éticos.

Como se sabe, la tolerancia que propugna un liberalismo escéptico —como el que se deriva del positivismo— es inevitablemente precaria. En efecto, si la opción por la tolerancia no puede justificarse ante otros, tampoco puede hacerlo ante sí misma, es, simplemente, una cuestión de pura preferencia subjetiva. O sea, el liberalismo escéptico termina por autominarsse, ya que la elección de la tolerancia es tan contingente y caprichosa como la alternativa de la intolerancia.

²². Esta denominación se debe a John RAWLS. Aquí sólo trataré aquellos aspectos relevantes del constructivismo ético que me sirven para el punto de vista que pretendo desarrollar relacionado con la libertad de expresión. Para un estudio pormenorizado de la idea y consecuencias del constructivismo en la propia obra de RAWLS, véanse del autor estadounidense los siguientes trabajos: RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, Argentina, 1979 (traducción de María Dolores González); *Sobre las Libertades*, Paidós, Barcelona, España, 1990 (traducción de Jorge Vigil Rubio); “La Justicia como Equidad: Política no Metafísica”, en *Política. Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad*, Paidós, Barcelona, España, N° 1, 1996, pp. 23 a 46 (traducción de Sebastián Mazzuca); *Justicia como Equidad. Materiales para una Teoría de la Justicia*, Tecnos, Madrid, España, 1986 (traducción de Miguel Ángel Rodilla); *Liberalismo Político*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., México, 1995, especialmente pp. 101 a 134 (traducción de Sergio Madero Báez) y *La Justicia como Equidad. Una Reformulación*, Paidós, Barcelona, España, 2002 (traducción de Andrés de Francisco). Para una presentación general de la teoría de la justicia rawlsiana y su evolución véase PEÑA, Carlos y TORO, Marcelo, “Para los que no han Leído a RAWLS”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 11, Santiago, Chile, 1993, pp. 105 a 127; VALLESPÍN, Fernando, “El Neocontractualismo: John Rawls”, en *Historia de la Ética*, Tomo III, Crítica, Barcelona, España, 1989, pp. 577 a 600; MOUFFE, Chantal, *El Retorno de lo Político*, Paidós, Barcelona, España, 1999, especialmente capítulos 2, 3 y 9 (traducción de Marco Aurelio Galmarini); y GARGARELLA, Roberto, *Las Teorías de las Justicia después de Rawls*, Paidós, Barcelona, España, 1999, especialmente capítulos 1 y 7. En fin, sobre el constructivismo ético en particular pueden verse ÁLVAREZ, Silvina, *La Racionalidad de la Moral*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 2002, pp. 91 a 109 y NINO, Carlos, *El Constructivismo Ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1989.

En pocas palabras, el constructivismo kantiano²³ consiste en un método que nos permite especificar una determinada concepción de la persona humana e intentar derivar de ella los principios de justicia a través de un proceso de construcción. Una teoría de la justicia no es independiente, entonces, de dicha concepción, ya que si lo fuera no sería una teoría autónoma sino que heterónoma. Una doctrina kantiana, en opinión de RAWLS, une el concepto de la justicia a una determinada noción del ser humano y ésta concibe a las personas como sujetos libres e iguales, capaces de actuar tanto racional como razonablemente. Por actuar *racional* se entienden aquellas acciones dirigidas por el sujeto para la satisfacción de sus deseos o fines, o sea, una razón instrumental o teleológica que busca el bien personal maximizando el propio interés. El actuar *razonable*, por el contrario, supone que el agente está dispuesto a gobernar sus acciones por un principio de equidad desde el cual él y los demás puedan razonar en común, o sea, tiene un específico sentido del deber y de la justicia, que se produce por la necesidad de los sujetos de colaborar entre sí, con el fin de alcanzar sus objetivos particulares. Sus propios planes de vida lo llevan a una interesada cooperación.

Ahora bien, lo racional se encuentra subordinado a lo razonable, es decir, la búsqueda de metas finales debe estar supeditada a los términos de la cooperación social susceptibles de ser aceptados por todos (moral deontológica). Esta subordinación se explica porque RAWLS es liberal, según la tradición más clásica²⁴, esto es, escinde las cuestiones de moralidad pública y privada. La justicia es una cuestión independiente de los ideales de excelencia humana que cada uno de nosotros, en ejercicio de su autonomía, puede trazarse para sí.

Ahora bien, si el pluralismo y la fragmentación de la moral positiva o social es un rasgo constitutivo de las sociedades modernas y, al mismo tiempo, consideramos a todas las personas como iguales y libres, la cuestión a resolver es cómo construimos una sociedad estable conformada por ciudadanos que se reconocen como libres e iguales, pero mantienen profundas y contrapuestas convicciones éticas, religiosas, culturales, sociales o políticas. La respuesta radica, precisamente, en sostener la prioridad de la justicia, puesto que no sólo no sabemos cuáles serían los modos de vida privados más virtuosos sino que,

²³. Véase ÁLVAREZ, Silvina, ob. cit., pp. 93 a 103; PEÑA, Carlos y TORO, Marcelo, ob. cit.; y VALLESPÍN, Fernando, ob. cit., pp. 584 a 590.

²⁴. Estoy pensando, por ejemplo, en la formulación del principio del daño de MILL: "(...) la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad es evitar que perjudique a los demás." MILL, John Stuart, *Sobre la Libertad*, Alianza, Madrid, España, 1970, p. 65 (traducción de Pablo de Azcarate).

aunque lo supiéramos, cada agente moral debe enfrentarse por sí mismo a los vaivenes de su vida. La solución pasa, entonces, por abandonar los criterios de excelencia humana o soluciones personales respecto de la virtud (moralidad privada) al momento de legislar en materias públicas (moralidad pública). El objetivo final es ordenar una sociedad muy heterogénea, donde hay muchos conceptos de lo bueno, salvando los peligros del relativismo moral. Por todo lo anterior, la teoría de la justicia se refiere, exclusivamente, al diseño de las instituciones sociales básicas de cooperación, es decir, la asignación de derechos y deberes en estas instituciones y la correcta distribución de los beneficios y cargas de la vida social²⁵.

Bajo esta regla de la prioridad de lo justo (lo razonable) por sobre la idea del bien o la bondad (lo racional) los sujetos construirán los principios de justicia constreñidos por ciertas limitaciones formales que caracterizan y configuran la posición original²⁶, acordando por unanimidad, en busca del propio autointerés, dos principios básicos de justicia que satisfarán los requerimientos de un resultado justo y equitativo²⁷. Estos principios de justicia son los siguientes:

²⁵. RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, ob. cit., pp. 75 a 82.

²⁶. La posición original no es una histórica o posible, por el contrario, es una situación hipotética primigenia de imparcialidad, como condición básica para discutir problemas morales. Se trata de una interpretación moderna del *estado de naturaleza* propio de las teorías contractualistas clásicas, provista de varios elementos inspirados en la teoría de la elección racional, que definen una serie de restricciones impuestas a los agentes que van a iniciar un debate sobre problemas de justicia, con el fin de asegurar la unanimidad y equidad del resultado. En términos generales, las restricciones impuestas serían las siguientes: a) Los sujetos son seres racionales y actúan motivados por sus propios intereses, o sea, dotados de egoísmo esclarecido; b) Los sujetos poseen nociones básicas de economía política y otras que les permiten alcanzar sus intereses particulares; c) La teoría de la justicia sólo funciona en sociedades de escasez moderada, o sea, en aquellas donde la cooperación es tanto necesaria como posible; y d) Los sujetos toman parte en el regateo o negociación cubiertos por el *velo de la ignorancia*, es decir, no saben cuál es su posición real en la sociedad ni cuáles son sus habilidades y destrezas específicas, tampoco conocen sus concepciones del bien particulares, sólo saben que actúan en interés propio. Véase RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, ob. cit., pp. 143 a 177.

²⁷. El modelo rawlsiano de justicia es puramente procesal, esto es, si bien no conocemos un criterio independiente u objetivo de justicia, podemos establecer un procedimiento que al seguirse nos asegure que consideraremos el resultado justo, cualquiera que sea éste. Este modelo permite a RAWLS, al mismo tiempo, salvar la inevitable adscripción a un relativismo moral absoluto y respetar los ideales de excelencia humana que cada persona se da para sí en ejercicio de su autonomía. En pocas palabras, le permite justificar el carácter deontológico de su teoría. Véase HIERRO, Liborio L., "El Concepto de Justicia y la Teoría de los Derechos", ob. cit., pp. 29 a 32.

- a) “Cada persona tiene el mismo derecho irrevocable a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos [*principio de igual ciudadanía o de igualdad en las libertades básicas*]; y
- b) Las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos condiciones: en primer lugar, tienen que estar vinculadas a cargos y posiciones abiertos a todos en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades [*principio de igualdad equitativa de oportunidades*]; y, en segundo lugar, las desigualdades deben redundar en un mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad²⁸” [*principio de diferencia*]²⁹

RAWLS propone dos reglas de prioridad en la interpretación y aplicación de los principios. Según la primera, los principios de justicia se ordenan lexicográficamente, es decir, el primero prima sobre el segundo; y, conforme a la segunda regla, la justicia es anterior a la eficiencia, o sea, la igualdad equitativa de oportunidades es previa a la aplicación del principio de diferencia³⁰. La señalada prioridad de la libertad es fundamental para el análisis que deseo realizar aquí. El filósofo estadounidense mantiene la tesis que las libertades básicas —que son aquellas a las cuales se arriba por aplicación del primer principio de justicia y que podemos, sin duda, catalogar directamente como derechos humanos en el sentido que se ha entendido en el presente trabajo— sólo pueden ser restringidas por otras libertades básicas, pero jamás por otros bienes o derechos. Así, la libertad de expresión no puede ser coartada, obviamente, por consideraciones agregativas, pero tampoco puede ser restringida por otros derechos que no sean las libertades básicas. La ponderación, tratándose de libertades básicas, es entre ellas mismas no entre la libertad y cualquier otro derecho.

²⁸. Se transcribe aquí la última formulación de los principios de justicia. Véase RAWLS, John, *Justicia como Equidad. Una Reformulación*, ob. cit., p. 73. Para un análisis de los principios véase RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Concepciones de la Igualdad y Justicia Distributiva”, en *Estado, Justicia, Derechos*, Elías Díaz y José Luis Colomer (eds.), Alianza, Madrid, España, 2002, pp. 211 a 242.

²⁹. Las cursivas entre corchetes son mías.

³⁰. En otras palabras, se trata de un orden serial en la satisfacción de los principios. Sólo una vez satisfecho el primero se pasa al segundo y, dentro del segundo, solamente una vez realizada la igualdad equitativa de oportunidades se puede pasar al principio de diferencia. Véase RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, ob. cit., pp. 82 a 87.

Pero, ¿cuáles son, específicamente, las libertades básicas que deben ser distribuidas igualitariamente entre todos los ciudadanos? Cuando RAWLS escribió *Teoría de la Justicia* señaló que debían considerarse como libertades básicas, entre las más importantes, las siguientes: “la libertad política (el derecho a votar y a desempeñar puestos públicos) y la libertad de expresión y de reunión; la libertad de conciencia y de pensamiento; la libertad personal que incluye la libertad frente a la opresión psicológica, la agresión física y el desmembramiento (integridad de la persona); el derecho a la propiedad personal y la libertad respecto al arresto y detención arbitrarios, tal y como está definida por el concepto de estado de derecho. Estas libertades habrán de ser iguales conforme al primer principio”³¹.

RAWLS ocupa buena parte de su obra *Sobre las Libertades*³² y, posteriormente, también se refiere en su libro *Liberalismo Político* a la cuestión de cuáles serían estas libertades básicas, su relación con la idea de bienes primarios y la regla de la prioridad de la libertad³³. A estas alturas creo que son necesarios algunos comentarios sobre los puntos de vista desarrollados en los libros citados respecto de las cuestiones recién apuntadas, para concretizar aún más la relación entre las libertades básicas y la libertad de expresión. Para empezar, el filósofo estadounidense confecciona una lista más acabada de lo que considera el conjunto de libertades básicas. Éstas serían las siguientes: “Libertad de pensamiento y libertad de conciencia; las libertades políticas y la libertad de asociación, así como las libertades que especifican la libertad y la integridad de la persona; y, finalmente, los derechos y libertades que protegen la reglas de la ley [rule of law]”³⁴.

Ahora bien, el conjunto enumerado de libertades básicas se enmarcan dentro de una lista más general que incluye el listado esencial de bienes primarios³⁵.

³¹. RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, ob. cit., pp. 82 y 83. Las cursivas son mías.

³². El original de la versión traducida es RAWLS, John, *The Basic Liberties and Their Priority*, Tanner Lectures on Human Values, Vol. 3, University of Utah Press y Cambridge University Press, 1982, pp. 1 a 87.

³³. Para ser exacto, la última conferencia de su libro *Liberalismo Político* llamada *Las Libertades Básicas y su Propiedad* es una versión revisada y aumentada de su trabajo anterior *Sobre las Libertades*. Véase RAWLS, John, *Liberalismo Político*, ob. cit., pp. 270 a 339.

³⁴. RAWLS, John, *Liberalismo Político*, ob. cit., p. 272.

³⁵. La lista básica de los bienes primarios tiene, según RAWLS, los siguientes cinco encabezados: a) Los derechos y libertades básicas (ya especificados); b) La libertad de desplazamiento y la libre elección de ocupación en un marco de diversas oportunidades; c) Los poderes y las prerrogativas de los puestos y cargos de responsabilidad en las instituciones políticas y económicas de la estructura básica; d) Ingresos y riquezas fruto del esfuerzo social; y e) Las bases sociales del respeto a sí mismo. *Ibíd.*, p. 177. Sobre la justificación de cada una de estas clases, véase pp. 285 a 287. Véase también RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, ob. cit., pp. 112 a 117.

Éstos últimos son elegidos por las personas bajo las restricciones de la posición original y constituyen aquella idea del bien que deberían compartir todos los ciudadanos. RAWLS cree que, no obstante los ciudadanos tengan o profesen diferentes e incluso contrapuestas concepciones del bien, si, por una parte, se reconocen mutuamente como agentes iguales y libres y, por otra, comprenden que sus particulares concepciones del bien necesitan para su promoción los mismos bienes primarios, terminarán por coincidir en la lista de esta clase de bienes como el resultado de la persecución razonable de sus propios intereses bajo las condiciones de imparcialidad ya conocidas³⁶.

Como ya dije más arriba, la prioridad de la libertad implica que el conjunto de libertades básicas reconocidas por el primer principio de justicia tienen un peso específico absoluto respecto del bien común o valores perfeccionistas y, por lo mismo, éstas sólo pueden ser restringidas o negarse a favor de una o más libertades básicas diferentes. Con todo, esto no debe llevarnos a la conclusión errada que las libertades básicas no puedan ser reguladas, cuestión distinta de su restricción o limitación. Así, por ejemplo, son impostergables las regulaciones que sean necesarias para asegurar la libre discusión de las ideas. En palabras de RAWLS, "(...) sin la aceptación general de procedimientos razonables de indagación y de ciertos preceptos relativos al debate, la libertad de expresión no puede servir a su propósito. Ni es posible que todos hablen a la vez, ni que utilicen el mismo foro público al mismo tiempo para diversos fines (...) Las regulaciones necesarias no deben confundirse con las restricciones en el contenido del discurso; por ejemplo, con las prohibiciones de argumentar en contra de ciertas doctrinas religiosas, filosóficas o políticas, o la prohibición de discutir acerca de algún hecho general y particular que sea pertinente para evaluar la justicia de la estructura básica de la sociedad. El uso público de nuestra razón debe regularse, pero la prioridad de la libertad requiere que esto se haga, hasta donde sea posible, de manera que se conserve intacto el rango central de aplicación de cada libertad básica"^{37, 38}.

³⁶ Véase RAWLS, John, *Liberalismo Político*, ob. cit., pp. 171 y siguientes. Respecto de la relación con la prioridad de la libertad, véase pp. 278 a 287.

³⁷ *Ibíd.*, p. 275.

³⁸ RAWLS señala como características principales del esquema de libertades básicas las siguientes: primero, cada una de las libertades tiene un *rango central de aplicación*; segundo, las libertades, al menos respecto de su rango central de aplicación, deben compatibilizarse en un marco constitucional viable; tercero, en la posición original las libertades básicas no están especificadas con detalle, esto es propio de las etapas posteriores, a saber, la constitucional, legislativa y judicial; cuarto, y esta vez en último lugar, no todas las libertades básicas tienen la misma importancia o se valoran por iguales razones. *Ibíd.*, pp. 276 a 278.

Una aplicación, en lo que me interesa, de la prioridad de la libertad es, precisamente, la defensa de un discurso político libre y su relación indisoluble con la garantía de la libertad de pensamiento, como presupuesto de una auténtica libertad de conciencia y libertades políticas^{39,40}. RAWLS se ocupa específicamente de esta cuestión a propósito de su objetivo de salvar lo que denomina *la segunda laguna*⁴¹ de la teoría de la justicia.

La libertad de prensa y la libertad del discurso político —que podría llamarse también garantía del pluralismo político⁴²— pertenece a la libertad básica de pensamiento y al *primer caso fundamental*⁴³. Lo primero que debe destacarse es que las libertades básicas no sólo se limitan unas a otras sino que también son autolimitantes, es decir, una libertad es más o menos significativa según se la requiera para el pleno ejercicio de la capacidad de tener un sentido de la justicia (primer caso fundamental) y/o con la capacidad de tener una concepción del bien y ajustar nuestra conducta a ésta (segundo caso fundamental). Así, por ejemplo, la extensión y peso de la libertad de expresión habrá de medirse conforme a este criterio. La difamación o la calumnia contra personas privadas —en oposición a las públicas— no tiene ninguna significación para el uso público de la razón, o sea, para el primer caso fundamental sino que, más bien, constituye una supresión de las particulares concepciones del

³⁹. Como ya se dijo, las libertades básicas políticas incluyen el derecho al voto y el derecho a ser elegido o desempeñar cargos públicos.

⁴⁰. Las ideas que siguen se basan, fundamentalmente, en RAWLS, John, *Liberalismo Político*, ob. cit., pp. 305 a 339.

⁴¹. La *segunda laguna* es la forma como RAWLS denomina —en *Liberalismo Político*— una de las dos importantes críticas que Hart realizó a la concepción de la justicia defendida en la *Teoría de la Justicia*. Esta objeción consiste en que no existiría un criterio satisfactorio para la especificación de las libertades básicas una vez que se apliquen concretamente los principios de la justicia en la etapa constitucional, legislativa y judicial. La *primera laguna*, o sea, la primera crítica de Hart, apunta a que no se fundamentan suficientemente las razones para acordar en la posición original las libertades básicas y su prioridad.

⁴². Véanse, por ejemplo, artículos 1, 6 y 20.3 de la Constitución Española de 1978.

⁴³. “(...) Las libertades básicas y su prioridad deben garantizar igualmente a todos los ciudadanos las condiciones sociales esenciales para el desarrollo apropiado y el pleno e informado ejercicio de estos poderes en lo que llamaré ‘*los dos casos fundamentales*’ (...) El *primero* de estos casos se relaciona con la capacidad de tener un sentido de la justicia, y se vincula a la aplicación de los principios de justicia a la estructura básica de la sociedad y a sus políticas sociales. Las libertades políticas y la libertad de pensamiento se analizarán después bajo este encabezado. El *segundo* caso fundamental se relaciona con la capacidad de tener una concepción del bien y se vincula a la aplicación de los principios de la razón deliberante al guiar nuestra conducta durante toda una vida. La libertad de conciencia y la libertad de asociación entran en este encabezado” [Las palabras en cursiva son mías]. RAWLS, John, *Liberalismo Político*, ob. cit., p. 306.

bien que pueda tener una persona –choca, entonces, con el segundo caso fundamental–. Realizado el test, por lo tanto, en el caso señalado será razonable autolimitar la libertad de expresión.

Pero, al contrario, también existirán poderosas razones para que la libertad básica del discurso político se configure de modo tal que cumpla sus objetivos de cara a los casos fundamentales y para proteger su rango central⁴⁴. Tres serían las zonas difíciles pero que, luego de un análisis a la luz de las consideraciones anteriores, nos llevarían a concluir que conforman parte del núcleo central de la libertad en comento: primero, no se justifica el *crimen del libelo sedicioso*⁴⁵; segundo, no hay restricciones previas a la libertad de expresión, excepto en casos especiales; y, tercero, el preconizar doctrinas revolucionarias y subversivas está plenamente protegido.

Respecto del libelo sedicioso, la ausencia de leyes que lo establezcan como delito es una condición necesaria del discurso político libre. “La historia de la utilización del crimen de libelo sedicioso por parte de los gobiernos para suprimir las críticas y la disensión y para conservar el poder demuestra la gran importancia de esta libertad particular para cualquier esquema completamente adecuado de libertades básicas. En tanto que este crimen exista en las leyes, la prensa pública y el libre debate no podrán desempeñar su papel de informar al electorado. Y, por supuesto, permitir que en las leyes se tipifique el crimen del

⁴⁴. Nótese la analogía entre la expresión “rango central” que utiliza RAWLS y la muy extendida noción del contenido esencial de los derechos en la doctrina constitucional, recogida en el propio texto de la Ley Fundamental (Véase el artículo 53.1 de la Constitución Española). Si la analogía es correcta creo que la idea de contenido esencial debe abstraerse, obviamente, del debate legislativo pero, incluso más, podría llegar a sostenerse que la cláusula de respeto al contenido esencial de los derechos importa –siempre– el ejercicio del poder constituyente originario excluyendo, por ende, el ejercicio del poder constituyente derivado.

⁴⁵. Con el *crimen del libelo sedicioso*, RAWLS se está refiriendo a lo que se conoce en nuestra tradición jurídica como leyes de desacato, es decir, aquella “clase de legislación que penaliza la expresión que ofende, insulta o amenaza a un funcionario público en el desempeño de sus funciones oficiales (...) las leyes de desacato cumplen una doble función. En primer lugar, al proteger a los funcionarios públicos contra la expresión ofensiva y/o crítica, éstos quedan en libertad de desempeñar sus funciones y, por tanto, se permite que el gobierno funcione armónicamente. Segundo, las leyes de desacato protegen el orden público porque la crítica de los funcionarios públicos puede tener un efecto desestabilizador para el gobierno nacional dado que –según se argumenta– ella se refleja no sólo en el individuo objeto de la crítica, sino en el cargo que ocupa y en la administración a la que presta servicios”. Véase el *Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. En este informe, la Comisión Interamericana determinó la incompatibilidad con la Convención Americana de las leyes de desacato. En www.cidh.org/Anuales.htm

libelo sedicioso minaría las más amplias posibilidades del autogobierno y las diversas libertades que se necesitan para proteger a este autogobierno y a estas libertades”⁴⁶.

En lo que respecta a la prohibición de restricciones previas, RAWLS pareciera creer que es demasiado obvio que una libertad de expresión, sujeta a limitaciones a priori, transforma a ésta en un derecho trivial, vacuo y superfluo. Prueba de ello es que no realiza ninguna defensa genuina de este estándar sino que, solamente, lo somete a un test tratándose de la tercera cuestión problemática, esto es, el discurso subversivo que podría llegar a constituir uno de los casos en que sería admisible la censura ex ante⁴⁷.

Ya, en *Teoría de la Justicia*⁴⁸, RAWLS se había ocupado de este difícil problema, aunque en esta obra lo haría en términos más abstractos que en *Liberalismo Político*. En efecto, la preocupación central en la primera era, más bien, la cuestión de la tolerancia de los intolerantes, distinguiendo dos dilemas diversos: por un lado, ¿tiene derecho un grupo intolerante a quejarse en caso de no ser tolerado? y, por otro, ¿bajo qué condiciones los grupos tolerantes tienen un derecho a no tolerar a aquellos que son intolerantes?. Sobre lo primero, RAWLS da una respuesta bastante clara, un grupo intolerante no tiene derecho a quejarse cuando se le niega una libertad igual. Esto se deduce de aceptar que nadie tiene derecho a objetar la conducta de los demás, en los casos que ésta es consistente con los principios que uno usaría en circunstancias similares para justificar las propias acciones respecto de los otros. El derecho de un individuo a quejarse está limitado a las violaciones de los principios que él mismo reconoce⁴⁹. Lo dicho no

⁴⁶. RAWLS, John, *Liberalismo Político*, ob. cit., pp. 314 y 315.

⁴⁷. No voy a referirme, en particular, a este complejo tema. Sólo lo trataré como una de los posibles excepciones a la prohibición de la censura previa. Para un análisis más detallado de esta cuestión, véase RAWLS, John, *Liberalismo Político*, ob. cit., pp. 315 a 326.

⁴⁸. RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, ob. cit., pp. 250 a 255.

⁴⁹. RAWLS se hace cargo, en mi opinión bien, de la objeción típica a este tipo de planteamiento que es, dicho sea de paso, una de las formas más comunes de argumentar que tienen aquellos que pretenden justificar la imposición de creencias religiosas intolerantes. La respuesta es la que sigue: “(...) Un intolerante dirá que actúa de buena fe y que no pide nada para sí mismo que niegue a los demás. Su punto de vista, vamos a suponer, es que actúa sobre la base que Dios ha de ser obedecido y la verdad aceptada por todos. Este principio es perfectamente general y, conforme a él, no hace una excepción en su propio caso, ya que está siguiendo el principio correcto que otros rechazan. La réplica a esto es que, desde el punto de vista de la posición original, no puede reconocerse ninguna interpretación particular de la verdad religiosa que obligue a los ciudadanos en general; como tampoco puede acordarse de que haya una autoridad con derecho a solucionar problemas de doctrina teológica. Cada persona debe reclamar un derecho igual a decidir sus obligaciones religiosas”. RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, ob. cit., p. 251.

debe llevar a la conclusión apresurada que, de lo anterior, se sigue sin más el derecho de los tolerantes a suprimir las doctrinas intolerantes.

Como se ve, nos introducimos en la segunda pregunta. Respecto de ella, RAWLS nos entregará un criterio general que deberá medirse caso a caso para resolver esta embrollada cuestión. Establecido que mientras una agrupación intolerante no tiene derecho a quejarse de la intolerancia, su libertad únicamente puede ser restringida cuando la comunidad de los tolerantes cree, con razón, que su propia seguridad y la de las instituciones de la libertad están en real peligro, es decir, cuando las condiciones de una constitución justa y ordenada están en juego.

A su turno, en su publicación posterior *–Liberalismo Político–* RAWLS presentará, de mejor modo y en forma más precisa, el criterio esbozado en *Teoría de la Justicia*. Me parece que el autor parte del mismo razonamiento aunque logra perfilarlo más certeramente. En lo que me importa destacar ahora, el criterio básico es que el discurso subversivo podrá ser prohibido o restringido cuando es intencional, no da razones de su descontento, se dirige directamente a causar inminentes acciones ilegales, en circunstancias que pueden posibilitar con éxito dicho resultado⁵⁰.

⁵⁰. Dejo de lado un problema analítico complicado e interesante. Parece claro que toda la cuidadosa construcción de distinguir la apología subversiva por medio de las palabras de la cuestión, bien distinta aparentemente, de los actos terroristas descansaría en una distinción que, desde la filosofía del lenguaje, podría considerarse errada. AUSTIN sostiene que podemos hacer tres cosas por medio de las palabras y las llamó acto locucionario, ilocucionario y perlocucionario. El nivel locucionario es el acto de decir algo, el nivel ilocucionario el acto que se ejecuta al decir algo y el nivel perlocucionario es el acto que se hace o no se hace por decir algo [AUSTIN, John, *Cómo Hacer Cosas con Palabras: Palabras y Acciones*, Paidós, Barcelona, España, 1962 (Urmson, J. O. comp.) y véase también HUDSON, W. D., *La Filosofía Moral Contemporánea*, Alianza, Madrid, 1987, pp. 55 a 71 (traducción de José Hierro S. Pescador)]. La pregunta que uno puede hacerse es: ¿parece tan clara la distinción entre discurso subversivo y acto subversivo cuando nos damos cuenta que por medio de las palabras también realizamos siempre un acto?. Supongo que, desde el derecho penal, algunos podrían justificar la penalización del discurso subversivo como actos de incitación directa para cometer un delito, pero ello exige, en todo caso, el cumplimiento de una serie de requisitos adicionales que justificarían dicha punición. Cfr. LASCURAÍN, Juan Antonio, “Protección Penal y Límites Penales de las Libertades Comunicativas”, en *La Libertad de Información y de Expresión*, Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2002, pp. 80 a 83.

La cuestión de las razones no es menor. RAWLS destaca que muchos movimientos, catalogados históricamente como subversivos⁵¹, no sólo se contentan con llamar a la revuelta sino que, mucho más que eso, dan razones para incitarla. Reprimir la defensa de la subversión equivale a suprimir la discusión de estas razones y hacerlo limita el libre e informado empleo de nuestra razón para calificar la justicia de nuestras estructuras sociales, violando directamente la libertad básica que constituye la libertad de expresión⁵².

RAWLS con el objeto de concretizar lo más posible el criterio señalado más arriba, sostiene que es necesario distinguir entre una “crisis constitucional de la clase de requisitos⁵³” y “una situación de emergencia en que existe una amenaza actual o previsible de grave daño político, económico y moral, o incluso de la destrucción del Estado”⁵⁴. No basta para quienes ejercen el poder

⁵¹. Estoy pensando en las persecuciones o, lisa y llanamente, en las cacerías de brujas que hubo en Estados Unidos a grupos socialistas o pro-comunistas durante buena parte del siglo XX (de hecho los casos citados por RAWLS que llegaron a la Corte Suprema se refieren a este tipo de hostigamientos). Hoy parece que ese escenario se ha trasladado desde las fronteras internas del país estadounidense al campo de la “lucha internacional”, particularmente, con empresas como la “batalla mundial contra el terrorismo” u operaciones militares como “libertad duradera”, que nos llevaron a un conflicto militar grave e impresentable en Irak. No sabemos todavía cómo terminará esta desaprensiva aventura bélica, aunque sí sabemos, como siempre, quiénes serán los más perjudicados y los que sufrirán más. Sólo quisiera terminar esta digresión señalando que, a lo mejor, si estuviéramos cubiertos por el velo de la ignorancia, nos llevaríamos más de una sorpresa respecto de los que estarían en el bando de los subversivos y los que se hallarían en el bando de los tolerantes.

⁵². Como se ve, las razones son relevantes tanto para tolerar como para no tolerar. Sobre este punto el análisis de GARZÓN VALDÉS es esclarecedor. Según el autor argentino, inspirándose en MARCUSE y su crítica a MILL respecto de la tolerancia ilimitada, “la tolerancia indiscriminada, la tolerancia pura, sin limitaciones, termina negándose a sí misma y en su versión más radical equivaldría a eliminar toda regulación del comportamiento humano. Esto es lo que clásicamente se ha llamado ‘estado de naturaleza’ y que encontró su descripción más aterradora en la versión hobbesiana. Pero también, sin llegar al extremo de Hobbes, puede afirmarse que la democracia representativa, en cuanto institucionalización de la tolerancia, encuentra sus límites cuando pretende vulnerar las buenas razones que la fundamentan: el respeto a la autonomía (...) Lo que molesta en la intolerancia es que se basa en malas razones; en ese sentido tiene algo en común con la tolerancia insensata. La diferencia consiste en que la intolerancia aduce malas razones para imponer prohibiciones, mientras que la tolerancia insensata se apoya en malas razones para aumentar el campo de lo permitido (...) la calidad de las razones es lo que permite distinguir entre la tolerancia sensata y la insensata, por una parte, y la intolerancia, por otra”. Véase GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “No Pongas tus Sucias Manos sobre Mozart. Algunas Consideraciones sobre el Concepto de la Tolerancia”, en *Instituciones Suicidas*, Paidós, México D.F., México, 2000, pp. 181 a 198.

⁵³. RAWLS, John, *Liberalismo Político*, ob. cit., p. 324.

⁵⁴. *Ibíd.*

argüir que existe un grave peligro. Una constitución bien diseñada incluye procedimientos democráticos para afrontar situaciones de emergencia, por lo tanto, la prioridad de la libertad importa que el discurso político libre no puede limitarse a menos que, considerando las características de la situación particular, se considere razonablemente que existe una crisis constitucional en la que las instituciones democráticas no pueden funcionar eficazmente para afrontar las situaciones de emergencia⁵⁵. Consecuente con esta argumentación, RAWLS afirma enfáticamente que en una sociedad democrática bien gobernada y ordenada, que opera en condiciones razonablemente favorables, el discurso político libre sería un valor absoluto. En suma, "(...) si insistimos en utilizar el lenguaje de la regla del claro y actual peligro, debemos decir, ante todo, que los males sustantivos que la Legislatura trata de prevenir deben ser de una clase muy especial; a saber, la pérdida de la libertad de pensamiento misma, o la de otras libertades básicas, incluido aquí el valor justo de las libertades políticas; y en segundo lugar, que no debe existir ninguna otra opción para prevenir estos males, aparte de la restricción del discurso político libre. Esta formulación de la regla concuerda con la exigencia de que una crisis constitucional de la clase de requisitos es una crisis en que las instituciones políticas libres no puedan operar o tengan que tomar las medidas conducentes para conservarse a sí mismas"⁵⁶.

Aunque ya hice alguna referencia al valor de la libertad de expresión en la edificación de una constitución, creo no haber sido lo suficientemente explícito y me parece que es un aspecto digno de destacar para relacionarlo, ahora, con el valor del discurso político libre y el problema de la *segunda laguna*

⁵⁵. RAWLS señala dos ejemplos muy esclarecedores. El primero, "(...) el hecho de que [un] país esté en guerra y tal estado de emergencia exista no implica que también exista una crisis constitucional de la clase de requisitos. La razón de ello es que, restringir o suprimir el discurso político libre, incluso la defensa de lo subversivo, implica siempre por lo menos la suspensión parcial de la democracia" [Ibíd. p. 324]. El segundo se refiere a la siguiente situación hipotética: "(...) supongamos que un pueblo democrático, empeñado en una rivalidad militar con una potencia autocrática, decidiera que el uso de las armas nucleares es tan contrario a los principios de la humanidad que dichas armas deben proscribirse y que deben tomarse medidas unilateralmente para reducir la cantidad de estas armas, y que hace esto con la esperanza de que la otra potencia se persuada y haga lo mismo. Esta decisión podría ser muy peligrosa; pero seguramente eso no sería pertinente en cuanto a si el asunto debiera discutirse libremente y en cuanto a si el gobierno está constitucionalmente obligado a poner en práctica esta decisión, cuando se tome apropiadamente. La peligrosidad del discurso político no es lo pertinente del caso; es precisamente el peligro implicado en tomar esta decisión lo que debe discutirse más libremente" [Ibíd. p. 325].

⁵⁶. Ibíd., p. 326.

rawlsiana. Las teorías procedimentales de la justicia, por cierto también la de RAWLS, son incompletas⁵⁷ en cuanto se limitan a establecer los presupuestos básicos para la toma de decisiones posteriores dentro del marco de una democracia constitucional sustentada en los principios de justicia. Pues bien, la *segunda laguna* nos comienza a incomodar justo en este momento ya que no sabemos claramente cómo debemos concretar los principios de justicia en la etapa constitucional, legislativa y judicial. La pregunta que deseo abordar es, entonces, la siguiente: ¿Qué papel cumple el discurso político libre en estas secuencias sucesivas de especificación de los principios de justicia?

En su libro *Teoría de la Justicia*⁵⁸, RAWLS sostiene un mecanismo, que opera como una secuencia en cuatro etapas, para la aplicación de los principios de justicia y en cada una de ellas el velo de la ignorancia se irá levantando progresivamente hasta desaparecer por completo. En síntesis, las cuatro etapas comienzan por la creación de una asamblea constituyente, una vez que se han adoptado los principios de justicia en la posición original, en la que se decidirá fundamentalmente un sistema relativo al funcionamiento de los poderes constitucionales del gobierno y el reconocimiento de los derechos fundamentales. El primer problema en esta etapa es el diseño de un procedimiento justo

⁵⁷ Véase HIERRO, Liborio L., "El Concepto de Justicia y la Teoría de los Derechos", ob. cit., pp. 31 y 32. También puede verse del mismo autor, *Justicia, Igualdad y Eficiencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2002, pp. 70 a 89. HIERRO sostiene –en "El Concepto de Justicia y la Teoría de los Derechos"– que las teorías de la justicia no sólo son incompletas en el sentido apuntado sino que, además, son incompletas porque "exigen (y tácitamente implican) un fundamento valorativo externo a la propia teoría procedimental (...) Cualquier teoría procedimental de la justicia que pretenda derivar los criterios de la justicia distributiva y de la justicia conmutativa de un acuerdo razonable, limpio o imparcial da por supuesto un axioma de carácter moral que hoy es, generalmente, el del igual valor moral de todos los seres humanos". Este fundamento externo es, entonces, una concepción determinada de la persona como agentes morales o ciudadanos iguales y libres. La obra de RAWLS tampoco escapa a esta caracterización, por mucho que el filósofo se haya esforzado en la última parte de su trabajo en intentar compatibilizar su concepción con cualquier doctrina comprensiva razonable. En suma, aparentemente, todas las teorías procedimentales descansan en alguna concepción de la vida buena, aunque mínima, lo suficiente para ser blanco de una de las más incisivas críticas comunitaristas. Véase sobre esta última cuestión, SANDEL, Michael, *El Liberalismo y los Límites de la Justicia*, Gedisa, Barcelona, España, 2000 (traducción de María Luz Melon). Para una presentación general del debate liberal-comunitario puede revisarse GARGARELLA, Roberto, ob. cit., pp. 125 a 159 y MULHALL, Stephen y SWIFT, Adam, *El Individuo Frente a la Comunidad. El Debate entre Liberales y Comunitaristas*, Temas de Hoy, Madrid, España, 1996, especialmente pp. 29 a 221 (traducción de Enrique López Castellón).

⁵⁸ RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, ob. cit., pp. 227 a 233.

para la adopción de decisiones políticas. Para poder hacerlo, es indispensable que las libertades reconocidas por el primer principio de justicia sean incorporadas y protegidas por la constitución. Estas libertades incluyen, como ya se ha dicho, la libertad de conciencia y de expresión, la libertad personal y la igual repartición de los derechos políticos. Lo relevante, para efectos del análisis que vengo haciendo, es que RAWLS está convencido que un sistema político que no incorpora estas libertades para todos los ciudadanos por igual no garantizará jamás los requisitos de un procedimiento que pretenda, al menos, ser justo. Como se ve, existe una relación necesaria entre el discurso político libre y la justicia de la democracia constitucional, sin el primero no hay, sencillamente, decisiones políticas que puedan obligar moralmente, pero además, en verdad, no existe algo así como un sistema democrático constitucional⁵⁹.

La segunda etapa de la secuencia está dominada por la actividad legislativa, caracterizada por una especie de juego de ida y vuelta con la asamblea constituyente, en la que deberán elaborarse las leyes respetando directamente los límites constitucionales e indirectamente, por tanto, los principios de justicia. La tercera etapa de la secuencia se ocupará, ya en sede legislativa exclusivamente, que las políticas sociales y económicas tengan como objetivo la maximización del bienestar de los menos aventajados, bajo las condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades, o sea, la aplicación del segundo principio de justicia. Por último, la cuarta etapa –en la que el velo de ignorancia estará descubierto íntegramente– se procederá a la aplicación de las reglas a casos particulares en instancias administrativas y judiciales.

Planteada la secuencia de las cuatro etapas, volvamos a la pregunta: ¿qué procedimiento nos asegura, de mejor manera, la justicia real de las leyes y políticas públicas?. La justicia se encontraría en mejor pie para prevalecer en la realidad si las personas se encuentran bien informadas, se preocupan de buscar sus propios intereses e ideas de la vida buena pero, al mismo tiempo, son capaces de admitir objeciones razonables que puedan ser sostenidas por los demás. Es tarea del marco institucional de un sistema político, asegurar a todas las partes una posición igual que les permita vetar aquellas propuestas que no pueden aceptar razonablemente. Parece obvio que en las sociedades reales y en las condiciones efectivas de negociación –ya no en la situación ideal de imparcialidad de la posición original– las leyes y las políticas que se ejecuten serán más

⁵⁹. Sobre la relación de lo aquí vengo diciendo con los requisitos de un estado de derecho, véase DÍAZ, Elías, “Estado de Derecho y Legitimidad Democrática”, en *Estado, Justicia, Derechos*, Elías Díaz y José Luis Colomer (eds.), Alianza, Madrid, España, 2002, pp. 75 a 104.

justas cuanto más se aproximen a las condiciones ideales del debate⁶⁰. BARRY ha acuñado la expresión *circunstancias de imparcialidad* para referirse a las “condiciones en que las reglas reales de justicia de una sociedad tenderán verdaderamente a ser justas”⁶¹. Probablemente, piensa el autor inglés, la más importante de las circunstancias de imparcialidad y la más difícil de satisfacer es aquella que tiene que ver con la motivación, esto es, la disponibilidad a admitir las objeciones razonables a una propuesta con independencia de quienes las hagan. Es iluso esperar, por tanto, que se acerquen a la justicia aquellas decisiones políticas y leyes que han sido elaboradas en un país a costa de la exclusión, estigmatización y desconsideración de grupos minoritarios por parte de la mayoría. Una de las reglas de oro del discurso político libre debería ser que todas las reivindicaciones se pesen igual a la hora de su expresión⁶².

Pero no sólo se requiere poder expresar las opiniones y acceder a los medios de difusión de modo que se respete la igualdad de oportunidades en condiciones equitativas, más que eso, se impone, desde el punto de vista del receptor, que la gente se informe en términos medianamente adecuados. Para lograr este objetivo y satisfacer mínimamente las circunstancias de la imparcialidad, se necesita que el sistema político dote de las herramientas necesarias a los ciudadanos para que sean capaces de entender y valorar las diversas propuestas políticas en juego⁶³.

⁶⁰. Véase BARRY, Brian, *La Justicia como Imparcialidad*, Paidós, Barcelona, España, 1997, pp. 148 a 168 (traducción de José Tosaus Abadía).

⁶¹. *Ibíd.*, p. 149. Véase también BARRY, Brian, *Teorías de la Justicia*, Gedisa, Barcelona, España, 1995, pp. 365 y ss. (traducción de Cecilia Hidalgo con la colaboración de Clara Lourido).

⁶². Así, la regla relativamente extendida de un acceso igual a los medios de comunicación social, particularmente la televisión (el más importante por su carácter masivo y costoso), en medio de campañas políticas podría extenderse a otros casos. La directriz recién apuntada parece ser recogida por la Constitución Española en el artículo 20.3.

⁶³. BARRY va más allá en su planteamiento. Sostiene que el ciudadano no sólo debe conocer los hechos que afectan a su propia sociedad, sino que también toda información que le permita hacer comparaciones con otras sociedades con el fin de evaluar su situación particular en el contexto en que él vive. El filósofo inglés coloca el siguiente ejemplo: “(...) en otros tiempos, un intocable indio de una aldea remota podría haber estado bastante bien informado sobre las realidades del sistema de castas en el ámbito local, pero desconocer su peculiaridad dentro de los sistemas sociales del mundo”. BARRY, Brian, *La Justicia como Imparcialidad*, ob. cit., p. 159. No se me escapa que, toda dictadura que se precie de tal, desplegará todos los esfuerzos que sean necesarios para controlar el acceso de los ciudadanos, no sólo a cualquier otra información que no sea la “oficial”, sino que, además, se preocupará expresamente que no llegué ninguna información “contaminada” desde el exterior.

Para finalizar, quisiera detenerme un momento en otra línea de argumentación que permite la justificación moral de la libertad de expresión. Se trata de la apelación a uno de los principios básicos de la arquitectura liberal, me refiero a la autonomía⁶⁴. Este principio se puede enunciar del siguiente modo: “(...) siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y todos los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución”⁶⁵.

De la enunciación de este principio se sigue que la autonomía es también una facultad y que consiste, en términos generales, en el derecho a ser tratado con igual consideración y respeto⁶⁶, es decir, el reconocimiento moral de que todas las personas poseemos en igual medida la capacidad para enfrentarnos por sí mismos al desafío de nuestras vidas, elegir aquellos planes de vida más consistentes con nuestras convicciones y comportarnos de acuerdo con ese ideario. De este modo, la autonomía se comporta como una concepción del bien de segundo orden⁶⁷, o sea, lo que es vital para toda persona es que se le permita decidir cómo vivir, qué pensar o la posibilidad de expresar libremente sus creencias, pero no se sabe realmente si las decisiones que se tomen con independencia adhieren o no a una determinada idea preconcebida de lo virtuoso. Con ello quiero dejar claro que no comparto ninguna intromisión perfeccionista en la noción de autonomía. La vida que se ejercita diestramente en el valor de la autonomía es valiosa con independencia si se dedica a perseguir o no bienes que pudieran considerarse aberrantes, degradantes o sencillamente triviales para otros⁶⁸.

⁶⁴. Véase ÁLVAREZ, Silvina, “La Autonomía Personal”, en *Estado, Justicia, Derechos*, Elías Díaz y José Luis Colomer (eds.), Alianza, Madrid, España, 2002, pp. 153 a 175. Sobre una explicación general de la autonomía véase NINO, Carlos, *Ética y Derechos Humanos*, ob. cit., pp. 199 a 236.

⁶⁵. NINO, Carlos, *Ética y Derechos Humanos*, ob. cit., pp. 204 y 205.

⁶⁶. DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, ob. cit., pp. 380 a 395.

⁶⁷. BARRY, Brian, *La Justicia como Imparcialidad*, ob. cit., pp. 183 y 184.

⁶⁸. Sobre la posibilidad de sostener una noción de perfeccionismo que respete el valor de la autonomía liberal, véase COLOMER, José Luis, “Autonomía y Gobierno. Sobre la Posibilidad de un Perfeccionismo Liberal”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 24, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, Alicante, España, 2001, pp. 251 a 296 y del mismo autor, “Libertad Individual y Límites del Derecho”, en *Estado, Justicia, Derechos*, Elías Díaz y José Luis Colomer (eds.), Alianza, Madrid, España, 2002, pp. 177 a 209.

La reflexión de DWORKIN respecto del valor intrínseco de la autonomía me parece muy clara para presentar la diferencia entre una concepción de autonomía no subordinada a la excelencia de las preferencias seleccionadas⁶⁹. Para el profesor estadounidense, la vida de una persona puede ser evaluada de dos formas diversas: una concepción posible, a la que llama *aditiva*, sostiene que la vida de una persona puede ser calificada como buena o mala sin consultarle su opinión al respecto; la otra concepción —*constitutiva*— postula que ningún componente podría aportar al valor de la vida de un individuo, a menos que sea percibido como tal. Para DWORKIN, existen buenas razones para preferir un punto de vista constitutivo. Esto quiere decir que, aunque yo considere que la existencia de otra persona, por ejemplo un amigo al que le tengo mucho aprecio, está siendo desperdiciada y tuviere la convicción que su vida mejoraría notablemente si fuera coaccionado a darle a ésta un golpe de timón⁷⁰, debo renunciar a realizar o justificar algún tipo de imposición sobre su plan de vida. Para el punto de vista aditivo, los componentes de una vida buena son independientes de la confirmación de tales componentes, al contrario, para el punto de vista constitutivo, ningún componente contribuye al valor de una vida si no existe una confirmación genuina por parte del propio sujeto. DWORKIN considera que existen fuertes razones para preferir esta última noción. El punto de vista aditivo no es capaz de explicar por qué una buena vida es definitivamente valiosa para la persona que la vive y, además, es inverosímil que alguien pueda llevar una vida mejor si esto significa contradecir sus más profundos ideales éticos^{71, 72}.

⁶⁹. Véase DWORKIN, Ronald, *La Comunidad Liberal*, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, Santafé de Bogotá, Colombia, 1996, pp. 147 a 152 (traducción de Claudia Montilla) y *Ética Privada e Igualitarismo Político*, Paidós, Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, España, 1993, pp. 107 a 108, 111 a 122 y 140 a 154 (traducción de Antoni Domènech).

⁷⁰. Para comprender cabalmente lo que expone DWORKIN, se debe distinguir entre dos modelos de bienestar, asociados a la satisfacción de dos tipos diferentes de intereses, por un lado, los intereses volitivos y, por otro, los intereses críticos. El bienestar volitivo se incrementa cada vez que uno alcanza algo que desea, por ejemplo, para mí, beber coca-cola, presenciar el derby español de fútbol o disfrutar una buena paella, constituyen fuentes de placer. A su turno, el bienestar crítico aumenta cuando uno alcanza algo que debe desear, es decir, conquistas cuya falta significaría un empeoramiento de mi vida, por ejemplo, yo espero seguir teniendo una excelente relación con mi esposa, no porque eventualmente lo desee sino que porque creo, objetivamente, que mi vida sería peor sin ella.

⁷¹. DWORKIN coloca dos ejemplos clarísimos: a) Si un misántropo es muy querido pero desprecia el amor de los demás como si no fuera valioso, su vida no vale más la pena por ser querido; b) Aunque algunos piensen que la religión debe ser parte de una vida bien llevada, ¿podría mejorar la vida de una persona si se le presiona a observar una vida religiosa que no le merece la pena?. Véase DWORKIN, Ronald, *Ética privada e Igualitarismo Político*, ob. cit., pp. 107 y 108.

Establecido el modo en que entiendo la autonomía, creo que su respeto se relaciona con la libertad de expresión de dos formas diversas. Por un lado, constituye un límite negativo al actuar del Estado y al de las demás personas y, por otro, se erige como una obligación positiva. Desde un punto de vista negativo, en ejercicio de su autonomía, las persona tienen la capacidad y el derecho a la libre elección de planes de vida e ideales personales, pero junto a esta facultad va unida la posibilidad de expresar ideas y opiniones que son la proyección discursiva de sus opciones y convicciones morales. Es decir, para que el principio de la autonomía no sea superfluo y, dando por supuesto que la adopción de modos de habitar el mundo se relaciona estrechamente con las posibilidades de un intercambio no coactivo de ideas y apreciaciones sobre el bien, una persona mientras no afecte la autonomía de otros o produzca daños a terceros, debe estar protegida respecto a la posibilidad de expresar sus opiniones sobre cualquier idea o creencia con el fin de exponerlas, permítanme la licencia, en el mercado de las ideas disponibles para contrastar sus opiniones con otros, con el fin ya sea de afianzar su propia elección o de modificar sus principios parcial o totalmente.

^{72.} Para DWORKIN, la autonomía se encuentra indisolublemente unida al valor intrínseco que solemos atribuir a nuestras vidas en las disputas éticas. Miradas nuestras vidas como un proyecto, como un pentagrama donde debemos poner las notas, se respeta la vida cuando cada ser humano escribe su melodía en la partitura conforme a sus ideales de excelencia humana, es decir, a su propia y particular visión del mundo. Así, por ejemplo, si una persona afectada por una enfermedad incurable e irreversible, que la tiene postrada e inmovilizada, toma la decisión que no desea seguir viviendo y, por ende, solicita se le practique una eutanasia, respetaremos su vida si hacemos su voluntad en el último instante de ella, pues de lo contrario, estaremos atentando gravemente contra la inviolabilidad de su vida, contra su proyecto personal y no la dejaremos colocar la última nota a la melodía de su vida traicionando su obra justo en el momento final de la misma. Respetar el valor intrínseco de la vida es, entonces, fomentar la libertad individual y no la coerción, en favor de un sistema constitucional y de una actitud que nos motive a cada uno de nosotros a adoptar decisiones sobre la vida personalmente. La libertad es la exigencia capital del autorrespeto, nadie trata su vida como si tuviera un valor intrínseco, a menos que insista en conducirla por sí mismo, en no ser llevado por otras personas a lo largo de ella, sin importar la medida en que las ame, respete o tema. Las decisiones relativas a la vida son las más importantes en la formación y expresión de la personalidad propia. Es por esta razón que el autor estadounidense sostiene que la libertad y no la coerción muestra un respeto auténtico por la vida que es sagrada para cada ser humano. De manera que, para ser consecuentes con esta visión, la libertad de conciencia y la libertad de expresión forman parte de los requisitos mínimos que debemos exigir en una democracia para que se nos respete, genuinamente, lo más sagrado para todos: nuestras propias vidas. Véase DWORKIN, Ronald, *El Dominio de la Vida*, Ariel, Barcelona, España, 1994, pp. 311 a 315 (traducción de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres).

Con esta última parte del argumento, entramos directamente en la segunda faz que me interesa destacar y que he denominado la obligación positiva. Con esto quiero decir que la elección autónoma de planes de vida no sólo será valiosa, desde el punto de vista moral, cuando ella se realice en forma voluntaria y emancipada de la imposición ajena sino que, además, será más estimable en cuanto obedezca a un proceso de reflexión y deliberación. Dicho proceso sólo tendrá sentido en un marco de opciones disponibles para las personas, de las cuales ellas elegirán libremente aquellas que mejor se adapten a sus modos de pensar. Si esto es así, la elección autónoma será más enriquecida en cuanto más posibilidades de elegir tenga el agente moral y, a la inversa, será menos valiosa en cuanto menos opciones tenga a su alcance. De lo anterior, se deduce un imperativo positivo directo para el Estado que consiste en amparar y facilitar las posibilidades de un discurso libre pero también enriquecido, o sea, es labor del sistema político promover la diversidad no como un mal que tengamos que tolerar inevitablemente sino que, por el contrario, como un bien que debemos promover en cuanto esa diversidad redundará en un mayor elenco de posibilidades para que una persona elija autónomamente, ya que la elección será más valiosa –digamos más autónoma– en cuanto mayores opciones hubieran disponibles al momento de tomarla⁷³.

Con todo, cuando me refiero a opciones disponibles no estoy pensando exclusivamente en aquellas que consideremos “verdaderas”, también incluyo las opciones “falsas” que siempre enriquecen la decisión autónoma de una persona en cuanto le permiten abonar o afianzar su creencia o, sorpresivamente, modificar aquella opción que previamente parecía tan claramente verdadera.

No me queda más que recurrir a la magnífica defensa de la libertad de pensamiento y discusión que hizo MILL en su libro *Sobre la Libertad*⁷⁴ para complementar mi argumento. En ella el autor sostuvo, en síntesis, tres grandes conclusiones: en primer lugar, una opinión reducida al silencio puede ser verdadera, de lo contrario, tendríamos que afirmar la infalibilidad de nuestras creencias; segundo, aunque la opinión forzada al silencio fuera un error, puede

⁷³. Creo que el mejor ejemplo práctico de lo que intento sostener es, precisamente, el discurso político. Sin una adecuada, completa y plural información, que se encuentre fácilmente al alcance de todos los ciudadanos antes de emitir su voto, el carácter autónomo de éste será trivial si, por ejemplo, la única posibilidad es el “candidato” del partido único, o no existen medios de comunicación que manifiesten las diversas posturas políticas presentes en la sociedad, o que exista una concentración de medios de difusión social en uno o dos grupos económicos que representan sólo a una parte del espectro político (situación bastante más factible, incluso en democracias relativamente maduras).

⁷⁴. MILL, John Stuart, ob. cit., pp. 119 y 120.

contener una porción de verdad y, habitualmente, ninguna opinión es capaz, por sí misma, de contener toda la verdad, sólo por la oposición y choque de opiniones contrapuestas existe alguna probabilidad que sea reconocida la verdad; y, por último, aunque la opinión admitida fuera toda la verdad, a menos que se discuta con vigor, será compartida por los demás simplemente como un prejuicio incomprensible, lo que acarreará el debilitamiento, la extinción de esta opinión o lo que, podría ser peor, su transformación en un dogma irreflexivo que en el futuro obstaculizará el desarrollo de otras convicciones reales y mejores, fundadas en la razón o en la experiencia personal⁷⁵.

En suma, y por diferentes caminos, hemos llegado a la conclusión, una y otra vez, que nuestra libertad básica de expresión es primordial desde el punto de vista moral y político, habiendo justificado suficientemente, en mi opinión, la necesidad derivada de los principios de justicia de que sea reconocida ampliamente en las disposiciones constitucionales de una Ley Fundamental ideal como derecho humano individual pero también, a la vez, como garantía de un discurso político libre. Sobre la sistematización de esta última idea y su relación con la justificación de una preferencia a priori a favor de la libertad de expresión por sobre el derecho al honor, irán mis pasos ahora.

3. La Libertad de Expresión como Garantía Fundamental de la Democracia. Algunas Buenas Razones para la Preferencia ex ante de la Libertad de Expresión por sobre el Derecho al Honor

Hasta ahora he dicho que la libertad de expresión es una libertad básica que se deriva del primer principio de justicia y que, por lo mismo, se trata de un derecho que debe ser reconocido constitucionalmente. Me interesa ahora mostrar algunas razones que, en mi concepto, nos deberían llevar a la conclusión que existe una preferencia o prioridad ex ante a favor de la libertad de expresión en detrimento del derecho al honor.

⁷⁵. Por supuesto, no comparto la definición de verdad implícita en las palabras de MILL. No creo en la verdad como algo independiente, que descubramos o intuyamos gracias a un recuerdo confuso de las sombras que pudimos ver de ella en la caverna de Platón. Por el contrario, sólo podría suscribir una idea de "verdad" relacional que se sustenta en que los participantes de un discurso, reclamando para sus opiniones alguna pretensión de rectitud o veracidad, se zambullen en la discusión de éstas en condiciones simétricas, acordando, por pura convención, que el resultado de esa discusión sea aceptado en forma racionalmente consensual como "verdadero".

Prima facie, tanto en la teoría del derecho⁷⁶ como en la jurisprudencia se reconoce —o al menos se discute— el carácter derrotable, derogable o superable de los principios, particularmente de los principios recogidos en las constituciones que reconocen derechos fundamentales, caso que precisamente ahora nos ocupa en relación al conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor.

En pocas palabras, este carácter derrotable de los principios —y también de los derechos fundamentales— se explica del modo que sigue. Las normas son reducibles a ser formuladas como un juicio hipotético o condicional constituido por un antecedente y un consecuente unidos por la cópula del “deber ser”. Por lo tanto, cumplido el supuesto contenido en el antecedente de la norma *debe ser* el consecuente. Por ejemplo, consideremos la norma que castiga el homicidio: “el que mate a otro debe ser castigado”, o sea, si se da el supuesto que alguien mate a otro —antecedente— debe ser la consecuencia de la norma, esto es, el castigo. Como puede observarse, las normas son juicios condicionales que no admiten excepciones, o sea, se excluye la posibilidad de que si se produce el hecho antecedente no se deba producir la consecuencia jurídica prevista por la norma. En cambio, los principios no pueden ser expresados como juicios condicionales y, aunque lo fueran, admiten excepciones implícitas habitualmente derivables de otros principios. Considérese el siguiente caso ilustrativo: existe un principio (A) que establece que “toda persona que lo desee puede expresar libremente su opinión” y también existe un principio (B) que prescribe que “toda persona al expresarse debe respetar el honor de los demás”. Claramente si los principios se comportaran igual que las normas, siempre que se cumple el antecedente del principio (A) toda persona podría expresar su opinión, sin embargo, esto entraría en conflicto con el consecuente del principio (B). A la inversa, aunque se produzca el antecedente del principio (B) puede suceder que no deba acaecer el consecuente de dicho principio porque colisiona con el supuesto del principio (A).

En suma, nunca puede excluirse que, tratándose de principios, incluso cuando acaezca el antecedente del juicio hipotético, el consecuente no se produzca. Los principios entonces, a diferencia de las normas, no imponen obligaciones absolutas sino que prima facie, ya que pueden ser superadas en razón de otros principios. No se me escapa, por cierto, que el ejemplo dado de la norma que castiga el homicidio es muy simple y, por lo mismo, omite que esta

⁷⁶ Véase, por ejemplo, DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, ob. cit., pp. 61 a 101 y GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*, Gedisa, Barcelona, España, 1999, pp. 142 a 178 (traducción de Jordi Ferrer i Beltrán).

norma puede tener excepciones (como efectivamente es), sin embargo, esto no destruye el carácter alternativo de las normas jurídicas. Si la norma tiene excepciones, la enunciación completa de la misma debe enumerar exhaustivamente todas las excepciones posibles y sólo en ese momento habremos enunciado completamente la norma que castiga el homicidio. Las excepciones que admiten las normas jurídicas son finitas y susceptibles de una enumeración completa, en cambio, las excepciones a los principios no son susceptibles de una enumeración exhaustiva y, por ende, éstos son derrotables.

DWORKIN explica esta característica de los principios⁷⁷, argumentando que las normas son binarias o disyuntivas, o sea, se aplican o no se aplican a un caso, en cambio, los principios son graduales, una conducta puede, en mayor o menor medida, cumplir o infringir un principio. Por esta razón cuando las normas son contradictorias, una de ellas pierde validez en beneficio de la otra, sin embargo, cuando los principios entran en conflicto, prima el de mayor peso moral, pero no invalida o excluye al otro⁷⁸.

De todo lo dicho se deduce que, tratándose de normas jurídicas, en cada caso concreto la aplicación del derecho consiste en subsumir la hipótesis particular dentro del supuesto genérico previsto en la norma, en cambio, cuando nos enfrentamos a principios que reconocen derechos, tal operación no es posible sino que ponderamos los derechos, los pesamos de acuerdo a las características del caso específico y preferimos uno por sobre el otro sin que ello signifique su invalidez. Ahora bien, esta ponderación debe hacerse, indudablemente, caso a caso excluyéndose la posibilidad de establecer jerarquías a priori de los derechos.

Si lo anterior es así, parece totalmente inconsistente que podamos establecer una regla que prescriba que la libertad de expresión está sujeta sólo a

⁷⁷. Véase DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, ob. cit., pp. 73 a 80.

⁷⁸. Con todo, varios autores sostienen que, si tanto las reglas como los principios pueden traducirse formalmente a juicios hipotéticos, no son orgánicamente distintos y, por ende, la tesis de Dworkin es errada. La única diferencia real entre las reglas y los principios es de grado, o sea, ambos operan bajo la lógica de la perentoria aplicación del consecuente en el caso que se den los supuestos previstos, lo único que sucede es que estos últimos no se explicitan tratándose de principios, pero una vez hallada la condición de aplicación para el caso concreto de que se trate, un principio funciona como una regla. En pocas palabras, la distinción gradual entre las reglas y los principios consiste en que las primeras se configuran como preceptos cerrados y los segundos como mandatos abiertos. Véase, por ejemplo, ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las Piezas del Derecho. Teoría de los Enunciados Jurídicos*, Ariel, Barcelona, España, 1996, pp. 7 a 9.

controles ulteriores cuando entra en conflicto con el derecho al honor. Esta regla, recogida como se sabe en casi todas las constituciones y tratados sobre derechos humanos, es lógicamente insostenible. Y lo es por una sencilla razón, entre los derechos a la libertad de expresión y al honor pueden suscitarse muchos conflictos contingentes a propósito de un caso particular⁷⁹ y no existe ninguna razón lógica para establecer una regla de prioridad previa a favor de la libertad de expresión, puesto que muchas veces la única forma efectiva de proteger el honor de alguien será evitar, precisamente, que la opinión de que se trate se publique o se exprese. Eso pensaban y piensan los más acérrimos partidarios del honor. Tradicionalmente se ha sostenido que cuando se injuria a alguien, no hay sanción posterior que pueda restituir el honor mancillado. Ésta vulneración del honor quedará como una especie de mancha indeleble en el prestigio de una persona y ninguna sanción represiva podría contrarrestar el daño producido. De ahí la vieja máxima que uno escuchaba de las historias que suelen contar los abuelos: antes el honor era más importante que la vida misma, una vida sin honor era una vida que no merecía la pena, “morir con gloria y honor antes que vivir con humillación” era la consigna⁸⁰. Traducida en términos jurídicos, muchas veces, la única forma genuina de proteger el honor es mediante el proscrito sistema de la censura previa.

Las preguntas obligadas son, entonces, las siguientes: ¿qué hace tan poderosa a la libertad de expresión?, ¿por qué razón prevé el ordenamiento constitucional una solución ex ante a favor de la libertad de expresión en caso de conflicto con el derecho al honor, siendo que ambos derechos son, prima facie, de igual intensidad?, ¿por qué en esta hipótesis el ejercicio de la ponderación

⁷⁹. El conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor es contingente y no necesario puesto que habrá muchos casos en que el ejercicio de la primera no constituya una afección del segundo. En efecto, se entiende que el conflicto es contingente cuando alguno de los supuestos del caso concreto caen simultáneamente en los campos de aplicación de ambos principios que disponen consecuencias incompatibles entre sí. En cambio, existe un conflicto necesario cuando todos los casos posibles suponen el conflicto entre los principios en cuestión. Tal es la situación, por ejemplo, de la pugna que se suscita entre el principio de presunción de inocencia del inculpaado y el principio que permite la prisión preventiva. En este caso, todos los supuestos del hecho específico se encuentran regulados de modo incompatible por ambos principios. Véase GUASTINI, Riccardo, ob. cit., p. 167.

⁸⁰. Piénsese, por ejemplo, en la importancia del honor en los personajes trágicos de la *Ilíada* de Homero. Los héroes de aquella epopeya se encaminan, inevitablemente, a la muerte. Una muerte que es segura por cuanto viven para combatir y una de las principales batallas es luchar hasta la caída definitiva por mantener el honor. Véase LLEDÓ, Emilio, “El Mundo Homérico”, en *Historia de la Ética*, Tomo I, Crítica, Barcelona, España, 1989, pp. 15 a 34.

de derechos que debe realizarse, lógicamente, caso a caso, encuentra una excepción?

Las respuestas a las preguntas apuntadas encuentran su fundamento en la distinción entre el aspecto puramente autoexpresivo o libertario de la expresión y el aspecto comunicativo o democrático⁸¹. Para explicar ambos requiero, previamente, hacer una breve alusión a una cuestión básica. Se ha sostenido, en el análisis histórico de la filosofía política, que existen dos formas distintas de entender la libertad, por un lado, la llamada libertad de los antiguos (libertad política) y, por otro, la denominada libertad de los modernos (libertad individual)⁸². La primera de ellas, se asocia a las tesis republicanas inspiradas en ROUSSEAU y más remotamente en la idea de la *polis* aristotélica, en cambio, la segunda se asocia a la noción de los derechos naturales de LOCKE. La libertad de los antiguos pondría su acento en una faz fuertemente participativa y activa por parte de los ciudadanos en el gobierno del Estado, ligada a la concepción del ser humano como animal irremediablemente político que realiza su naturaleza a través de su comparecencia en las cuestiones cívicas que atañen a la comunidad, en cambio, la libertad de los modernos colocaría el acento en una dimensión negativa, es decir, la del poder de acción de un individuo libre de todo señorío e interferencia del Estado⁸³.

La tensión entre ambas formas de libertad es notoria. Pareciera ser que en las sociedades contemporáneas, habituadas ya de modo irreversible al pluralismo y a la fragmentación de la moral social, lo que primordialmente importa a los individuos es que el Estado les asegure un ámbito amplio de independencia privada, relegando a un lugar secundario la participación activa y permanente en la realización del poder colectivo porque ello podría acarrear el grave

⁸¹. Véase HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y Validez*, Trotta, Madrid, España, 1998, pp. 407 a 468 (traducción de Manuel Jiménez Redondo) y FISS, Owen, *La Ironía de la Libertad de Expresión*, Gedisa, Barcelona, España, 1999, pp. 15 a 41 (traducción de Víctor Ferreres Comella y Jorge Malem Seña).

⁸². Véase MOUFFE, Chantal, ob. cit., pp. 61 a 63 y 89 a 105.

⁸³. Esta distinción será retomada por BERLIN en su famoso ensayo titulado *Dos Conceptos de Libertad*. Según el autor, la libertad negativa (la de los modernos) corresponde al poder de actuar sin la interferencia de los demás, en cambio, la libertad positiva se relaciona con la posibilidad de querer ser mi propio amo, o sea, se trata de colmar el espacio creado por la libertad negativa. BERLIN insistió en que ambas libertades eran distintas, que no tenían una conexión necesaria y que, incluso, la libertad positiva tiene el claro peligro de violar la libertad negativa. Sin embargo, la relación entre ambas quedó sumida en la profunda oscuridad. Véase HIERRO, Liborio L., "El Concepto de Justicia y la Teoría de los Derechos", ob. cit., pp. 43 y 44 y ÁLVAREZ, Silvina, "La Autonomía Personal", ob. cit., pp. 161 a 164.

peligro de la supeditación de la persona a la comunidad, negando así el carácter individualizado y prioritario de los derechos. Es más, podría sostenerse — apoyándose en la tradición liberal más vigorosa— que precisamente por el pluralismo constitutivo de las comunidades modernas, el ideal republicano de los antiguos no sólo es peligroso por sus riesgos totalitarios sino que, mucho más que eso, es derechamente imposible.

Ahora bien, buena parte de la filosofía moral actual camina en las proximidades de esta pugna⁸⁴. Sin ir más lejos, la disputa entre liberales y comunitaristas descansa, en gran medida, en dicha tensión y los esfuerzos de los liberales pasan por hacerse cargo de este dilema⁸⁵. Sin embargo, lo único que quiero

⁸⁴. Véase MOUFFE, Chantal, ob. cit., pp. 89 a 105.

⁸⁵. Pienso, por ejemplo, en la obra del último DWORKIN. Este autor, en clave liberal, ha intentado reconstruir sus tesis siendo especialmente sensible a ciertas críticas de índole comunitarista, particularmente aquella que él denomina *el argumento de la integración*. Según el filósofo, la premisa fundamental de este argumento es correcta: las comunidades políticas detentan una vida comunal, cuyo éxito o fracaso forma parte de lo que determina si las vidas de sus miembros son mejores o peores. Es decir, la tolerancia liberal se sostendría en una distinción ilegítima entre lo justo y el bien, entre la moralidad pública y la privada.

En esa misma línea, DWORKIN intentará fundar una especie de republicanismo cívico liberal que se sustenta en una aceptación débil del *argumento de la integración*. Para explicar esta especial forma de comprender la integración desde un punto de vista liberal, DWORKIN echa mano a la analogía que también utilizara RAWLS de la vida común de una orquesta. Si bien una orquesta es una unidad de acción y, por lo mismo, los músicos consideran sus actuaciones como un todo y participan de los triunfos y fracasos de la orquesta como si fueran los suyos propios, esto no significa que al primer violinista le importen las conductas sexuales del trompetista. La orquesta tiene, por supuesto, una vida común, pero ésta se reduce exclusivamente a una vida musical. Del mismo modo, la vida colectiva de una comunidad sólo incluye los actos considerados colectivos por las prácticas y actitudes que crea la comunidad como agente colectivo. Así, esta vida común incluye sólo los actos políticos formales, es decir, los actos de un gobierno a través de sus instituciones legislativas, ejecutivas y judiciales, los que son suficientes para satisfacer todas las condiciones de la agencia colectiva.

Si la vida de una comunidad se limita a las decisiones políticas formales, si su éxito crítico depende, por tanto, sólo del éxito o fracaso de sus decisiones legislativas, judiciales y ejecutivas, se puede aceptar, sin temor, la primacía ética de la vida de la comunidad sin abandonar o comprometer la tolerancia liberal y la neutralidad acerca de lo que sea una buena vida. Pero ¿cómo es posible llegar a estas conclusiones clásicamente liberales aceptando *el argumento de la integración*?. La respuesta se encuentra en el diseño de lo que DWORKIN llama *el modelo del desafío*. El objetivo de DWORKIN es, como ha quedado de manifiesto del esquema precedente, ofrecer una teoría ética capaz de sustentar los principios de un liberalismo igualitarista sin dividir nuestra ética personal de nuestra dimensión política, o sea, proponiendo una estrategia de continuidad. Este tipo de estrategia, en opinión de DWORKIN, pretende alcanzar la neutralidad como resultado del argumento y no como un presupuesto metodológico

destacar aquí es que la libertad de expresión sirve a ambas concepciones. Si la libertad de los antiguos, por un lado, se vincula más a la participación política y la inserción adecuada del individuo en la comunidad política, mucho tiene que hacer la libertad de expresión para asegurar, precisamente, que la participación en el gobierno colectivo de los ciudadanos sea fructífera y hecha de modo tal que no implique una coerción o instrumentalización de la persona. Por su lado, tratándose de la libertad de los modernos, la libertad de expresión

que obliga a los agentes morales a adherir categóricamente a principios morales en base a argumentos no morales. El objetivo pone a DWORKIN en pie forzado, debe ser capaz de construir una concepción que sea lo suficientemente abstracta para arribar al principio de la tolerancia liberal pero, al mismo tiempo, permita la evaluación crítica de los distintos modos de vida. De la combinación del modelo continuista del desafío y de la distinción entre intereses críticos y volitivos (véase infra nota 70), nuestro filósofo fundará su respuesta. El *modelo del desafío*, por oposición a lo que él denomina el *modelo del impacto*, ubica el valor de una vida buena en “el valor que es inherente a la realización de una vida conseguida”, es decir, vivir una vida éticamente valiosa consiste en una particular versión adverbial del bien (praxis aristotélica) que consiste en enfrentar el desafío de la vida como un ejercicio diestramente realizado más que apreciado por su resultado. En cambio, el segundo, otorga valor a una vida cuando las consecuencias de esa vida acarrearán una repercusión objetiva sobre el mundo, estableciendo una concepción del bien identificada por sus consecuencias u obras (poiesis aristotélica) que se pesan, positiva o negativamente, por comparación de los impactos ejecutados por otras vidas. En opinión del autor en comento, el modelo del desafío nos permite evaluar mejor el modo en que cualquiera de nosotros califica sus vidas. Yo, a modo de ilustración, intento una y otra vez escribir un poema que valga la pena, careciendo de absoluto talento para la poesía. Podría cuestionarme, muy razonablemente, esta persistencia torpe habiendo en el mundo miles de magníficos poetas. Mi tozudez sólo tiene sentido en cuanto conciba mi existencia como un reto que se satisface en el propio ejercicio. Como se ve, el modelo del desafío se encuentra mucho mejor preparado para evitar el peligro elitista de calificar como valiosas sólo las vidas exitosas y, al mismo tiempo, tiene la ventaja formal de desvincular el valor de una vida de sus productos y fundar en el interés propio el principio normativo de tratar a los demás de modo equitativo.

Con todos estos elementos, DWORKIN concluye que el *modelo del desafío* permite acoger distintas concepciones substantivas del bien, siempre que se sometan a determinadas restricciones derivadas de los *intereses críticos*. O sea, los principios políticos son normativos en el mismo sentido en que lo son los intereses críticos, unos definen la comunidad política a la que deberíamos aspirar y, los otros, el modo en que deberíamos vivir en ella. En suma, DWORKIN pretende desplegar una conexión entre la ética y la justicia mostrando que la noción de justicia pertenece al ámbito de los intereses críticos de los liberales éticos; que este tipo de intereses, confieren significado a un modelo de vida deseable y que las personas aún sosteniendo concepciones del bien diversas, acabarán eligiendo los principios del liberalismo igualitario, esto es, el principio de neutralidad y la igualdad de recursos como criterio distributivo. Véase DWORKIN, Ronald, *La Comunidad Liberal*, ob. cit. y *Ética Privada e Igualitarismo Político*, ob. cit.

es la consagración máxima de ese ámbito de decisión privada inmune a la obstrucción de otros. Digamos, en suma, que la libertad de expresión cumple el papel de un test de calidad en la intervención de las personas en la autodeterminación colectiva, asegura que ésta sea informada y, al mismo tiempo, libre.

Creo que en esta dirección apuntan las dimensiones que FISS y HABERMAS reconocen en la libertad de expresión. Ésta tiene, en opinión de los autores citados, dos facetas distintas pero complementarias. En primer lugar, la libertad de expresión tiene una dimensión autoexpresiva o libertaria que se identifica con la protección del interés individual que tiene cada sujeto de expresarse y opinar. En segundo lugar, la libertad de expresión tiene una dimensión democrática o comunicativa, esto es, cumple una función decisiva en el establecimiento de las condiciones esenciales del autogobierno colectivo. El propósito de esta libertad rebasaría, por lo tanto, el puro reconocimiento de un derecho individual, extendiéndose a un papel de garantía básica de la autorrealización colectiva a través de la participación libre e informada en los procesos de decisión que importan a toda la comunidad. En palabras de DWORKIN, sin importar las diferentes concepciones del bien que posean las personas, todas ellas suscribirán una visión fortalecida de la libertad de expresión, por cuanto se encuentran –entre sus intereses críticos– la adopción de todas aquellas herramientas que permitan alcanzar con éxito los fines relevantes de la comunidad o agencia política y, precisamente, la libertad de expresión es una de ellas.

De la segunda dimensión de la libertad de expresión, se comprende que el papel del Estado es primordial para asegurar adecuadamente la dimensión democrática de la libertad de expresión. Éste debe asumir un rol activo en la protección del “(...) interés de la audiencia –la ciudadanía en general– por escuchar un debate completo y abierto sobre asuntos de importancia pública”⁸⁶. Así, nos enfrentamos a la ironía o paradoja de la libertad de expresión, “(...) mientras el esquema tradicional descansa en la vieja idea liberal de que el Estado es el enemigo natural de la libertad, ahora se nos pide que imaginemos al Estado como el amigo de la libertad”⁸⁷. De este modo, puede suceder –piénsese en el monopolio privado de los medios de comunicación– que sea el poder privado el enemigo de la libertad de expresión y no el poder público, acentuando aún más la paradoja inicial.

⁸⁶. FISS, Owen, ob. cit., p. 31.

⁸⁷. Loc. cit. Sobre el rol del Estado en la construcción de FISS, véanse pp. 43 a 104.

Expuesta la doble dimensión de la libertad de expresión, podemos comprender adecuadamente las razones que nos llevan a constitucionalizar una concepción fortalecida de esta libertad básica. Si solamente consideráramos la dimensión autoexpresiva, no alcanzaríamos a comprender las razones para preferir el interés por expresarse de alguien en detrimento del honor o la privacidad de otros. Pero si, en cambio, el conflicto es ponderado tomando en consideración la dimensión democrática, entendemos muy bien las razones que nos llevan a proteger enérgicamente la expresión de opiniones, informaciones e ideas⁸⁸, incluso cuando sean ofensivas o injuriosas, particularmente, si se trata de personajes públicos o informaciones y opiniones de relevancia pública⁸⁹.

Ahora estamos, creo, en mejores condiciones para comprender que la preferencia ex ante de la libertad de expresión encuentra su fundamento lejos de la teoría del derecho (entendida en términos estrechos) para hallarlo en una tesis de filosofía política fuertemente republicana, que intenta revitalizar la desprestigiada libertad de los antiguos.

Termino este apartado enfatizando dos cuestiones que me permitirán elaborar algunas conclusiones finales: a) He justificado suficientemente, en mi opinión, la preferencia ex ante de la libertad de expresión, que debe traducirse en una norma positiva que establezca la prohibición de un sistema de responsabilidades preventivo que autorice la censura previa de cualquier expresión, permitiendo, en cambio, un sistema de responsabilidades ulteriores; y b) Este sistema de responsabilidades ulteriores debe ser proporcional con el objeto de garantizar la imposibilidad de sanciones muy elevadas o mecanismos de responsabilidad represivos desproporcionados que fomenten la autocensura, inhibiendo de este modo la posibilidad de expresiones futuras, pasando a ser así, no sólo una forma viciada de autocensura en el presente, sino que intensificada en el futuro.

III. CONCLUSIÓN. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN NO ES SÓLO CUESTIÓN DE PALABRAS MÁS O PALABRAS MENOS

Suelen abordarse las disputas entre la libertad de expresión y el derecho al honor como si se trataran de controversias exclusivamente lingüísticas sobre

⁸⁸. También se encuentran protegidas los llamados actos simbólicos como son, por ejemplo, llevar insignias, vestir de una manera especial o quemar una bandera. Muy conocido es el caso Texas vs. Johnson. En éste la Corte Suprema estadounidense determinó que la quema de la bandera de los Estados Unidos era una forma de manifestación amparada por la libertad de expresión.

⁸⁹. TORO, Marcelo, *La Libertad de Expresión en el Derecho Constitucional Chileno*, inédito.

lo que se dijo o lo que se quiso expresar. Así, por ejemplo, buena parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁹⁰ respecto de esta materia –respaldada ampliamente por la discusión doctrinaria⁹¹– versa sobre las dificultades asociadas a la distinción entre la libertad de opinión y la libertad de información, obviando que están en juego más que palabras cuando deben dilucidarse estos conflictos. Muchas veces las soluciones de las contiendas no pueden reducirse al puro análisis aislado de frases más o menos corrosivas sino que, cosa distinta, deben ser sopesadas de acuerdo a los principios en juego y a las razones que nos deberían llevar a sostener una preferencia, *prima facie*, a favor de la libertad de expresión. En esta línea, finalizo este trabajo con algunas conclusiones más concretas que tienen como objetivo, en gran parte, provocar el debate sobre los límites a la libertad de expresión; los cuales deberíamos estar dispuestos, siempre, más bien a ampliarlos que a restringirlos.

1. La libertad de expresión es una libertad básica que encuentra su fundamento en el primer principio de justicia y que constituye un pilar básico de la existencia y calidad del discurso moral y de las elecciones autónomas de los agentes morales. Este reconocimiento como libertad básica impone la obligación moral de su institucionalización a nivel constitucional.

2. La libertad de expresión es un derecho constitucional que posee una preferencia *ex ante* por sobre el derecho al honor. Dicha jerarquía se sustenta en la dimensión democrática o comunicativa de la misma. Por esta misma razón, el Estado debe cumplir un papel cada vez más activo en la protección de esta libertad para que se comporte adecuadamente como principio rector del

⁹⁰. Véanse, por ejemplo, las STC 171-1990, 172-1990, 190-1996 y 3-1997. Todas fueron consultadas en la base electrónica www.westlaw.es

⁹¹. Dentro de las cuestiones lingüísticas más relevantes que se discuten a propósito de los conflictos entre la libertad de expresión y el derecho al honor pueden destacarse los siguientes: la distinción entre proposiciones fácticas y proposiciones valorativas para determinar si nos encontramos en el ámbito propio de la libertad de opinión o de la libertad de información; manifestaciones relativas a hechos internos de la persona; las citas de declaraciones ajenas; los denominados reportajes neutrales; el problema de las opiniones puras y mixtas; la cuestión de las informaciones demasiado generales; el abuso verbal; y la exageración o la caricatura por medio de las palabras. Véanse, por ejemplo, Varios Autores, *El Mercado de las Ideas*, SALVADOR CODERCH, Pablo (director), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1990, pp. 56 a 135 y también 164 y ss. y MUÑOZ LORENTE, José, *Libertad de Información y Derecho al Honor en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1998, pp. 94 y ss.

debate público, del control de los cargos públicos y como garantía de una democracia deliberativa.

3. La distinción entre libertad de opinión y libertad de información es difícil, muchas veces, de realizar. Esto no debe llevar a la conclusión errada de restringir la libertad sino que, al contrario, a ampliarla de modo tal que tanto, por una parte, cubra la manifestación de hechos falsos, siempre que no se compruebe la real malicia como, por otra, englobe la opinión agravante para que queden cubiertas por el derecho a la libertad de expresión. En suma, la libertad de información sólo toleraría como excepción la prueba, por parte del demandante, que el informante difundió la información a sabiendas que era falsa o lo realizó con una temeraria despreocupación acerca de su verosimilitud.

4. La libertad de información debe ampliar su rango de protección cuando están involucradas personas privadas que se han visto envueltas en asuntos de interés público. Esta ampliación debe extenderse a una interpretación más laxa del criterio de la real malicia. La noción de interés público obedece a todos aquellos aspectos que guarden relación con el fortalecimiento y enriquecimiento del debate ciudadano político, en aquellos casos en que se producen vulneraciones de derechos o daños a terceros y en todos aquellos asuntos que son relevantes para la vida comunitaria, es decir, que interesan para la convivencia social. Con todo, las personas privadas envueltas en asuntos públicos recuperan su intimidad en cuanto dejan de participar o ser importantes en alguna cuestión de interés público. También una persona privada puede, voluntariamente, renunciar a su intimidad y ventilar públicamente datos de su vida privada, siendo el caso más paradigmático el de las *personas famosas*. Éstas, no obstante, sólo verán mermadas su intimidad respecto de aquellos aspectos que consintieron explícitamente y podrán recuperarla cuando lo estimen conveniente.

5. Tratándose de funcionarios que desempeñan cargos públicos, considero que el derecho al honor debe quedar reducido hasta extinguirse por completo. Concuero con el voto de minoría del caso *New York Times vs. Sullivan*, por lo tanto, los Estados no pueden limitar la libertad de expresión de ninguna forma cuando están involucradas personas que ocupan cargos públicos. Probablemente, la única excepción podrían ser aquellas expresiones injuriosas que no tienen ningún tipo de relación con el contenido de la información, o sea, son totalmente gratuitas y obedecen a un ánimo puramente vejatorio independizado de cualquier fin informativo. Pero, establecida la conexión entre la opinión injuriosa y el valor de la información, la primera se vería subsumida dentro de la segunda. Ahora bien, respecto de la intimidad de los funcionarios

públicos, ésta quedaría reducida siempre que su invasión se justifique para la construcción de un mejor contenido informativo o para testear la coherencia de las convicciones políticas o morales del funcionario y sus decisiones públicas; dato que puede ser relevante para muchos electores que verán en dicha coherencia un valor que será fundamental a la hora de elegir su opción electoral o juzgar la labor del funcionario de que se trate.

6. Debe fortalecerse el derecho a acceder a la información, sobre todo la de carácter público, como presupuesto mínimo para la creación de las condiciones adecuadas que aseguren un ejercicio del periodismo responsable, que investigue y corrobore sus fuentes. Sólo así puede exigirse a las personas que publican algún tipo de información, un deber de diligencia en el cumplimiento de su cometido. Y, además, fluye de este mismo derecho a acceder a las fuentes informativas, la negación del cualquier privilegio a favor de los periodistas en la búsqueda de información, toda la ciudadanía es titular igualitariamente de esta potestad.

7. La necesidad de proporcionalidad entre el valor de la libertad de expresión y los mecanismos de responsabilidades ulteriores, con el fin de evitar la autocensura o represión de los medios al informar. En el mismo sentido, suscribo la tesis que las sanciones penales para las hipótesis de injurias o calumnias, en cualquiera de sus formas, afecta a la libertad de expresión en su esencia.

8. Por último, la libertad de pensamiento u opinión no admite, en principio, restricciones, por cuanto carece de la posibilidad de ser verificada de alguna forma. De haber en un mismo discurso manifestaciones informativas y expresivas deberá valorarse el discurso que prevalezca y se aplicarán, por lo tanto, las reglas que correspondan. Esta libertad —la de opinión— cubre la realización de actos simbólicos como llevar un uniforme, una determinada vestimenta, denostar símbolos patrios o realizar cualquier manifestación artística.